جامعة الجزائر – بن يوسف بن خدة –

كلية الحقوق



# الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر

مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق

فرع / قانون الدولة و المؤسسات العمومية

قدمت من طرف الطالب : بحري إسماعيل

المشرف : الأستاذ الدكتور بن ناجي الشريف

أعضاء لجنة المناقشة :

الأستاذ : د. شريفي سليمان رئيسا

الأستاذ : د. بن ناجي الشريف مقررا

الأستاذ : د. مصطفى شريف عضوا.

السنة الجامعية 2008 -2009

# قائمة المختصرات

# Liste des abréviations

- **A.J.D.A**: Actualité Juridique de droit Administratif
- **B.O .M.O.P** :Bulletin officiel des marchés de l'opérateur publics
- **C.E.F** : Conseil d'Etat Français
- **C.E.O** :Commission d'évaluation des offres
- **C.O.P** :Commission d'ouverture des plis
- **J .C.A** : Juris Classeur Administratif
- **L.G.D.J** : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- **O.D.S** :Ordre de service
- **O.P.U** : Office des Publications Universitaires
- **P.U.F** : Presse Universitaire de France
- **R.D.P** : Revue de Droit Public et Sciences  Politiques

# مقــدمة:

تلجأ الإدارة العمومية لتحقيق أهدافها المتمثلة أساسا في إشباع الحاجات العامة إلى عدة وسـائل تتيحهـا لهـا القوانين والتنظيمات ، لذلك فهي تعتمد في مباشرة وظائفها على أساليب مختلفة في طبيعتها ووصفها القـانوني ، فقـد تكون هذه الأخيرة أعمالا مادية أو تصرفات قانونية بحيث تستأثر في تحقيق النفع العام بامتيازات ووسائل لا مقابل لها في نطاق القانون الخاص.

والأعمال القانونية التي تصدر عن الإدارة العمومية إما أن تكون بحد ذاتا في شكل أعمال انفرادية مثل القرارات الإدارية أو في صورة أعمال تعاقدية ، هذه الأخيرة أصبحت تحتل اليوم مكانة هامة في سلم النشاط الإداري بوجه عـام بالنظر إلى ما توفره من فرص وامتيازات لا نظير لها ، لكونا الوسيلة الطبيعية في سبيل إنجـاز أهـداف الإدارة وتنفيـذ مشاريعها.

ومن أجل ذلك تدخل المشرع معترفا للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة با، غـير أن الإدارة وهي تدخل في روابط عقدية مع الغير نجدها أحيانا تخضع لتنظيم مستقل ألا وهو التنظيم الخاص بالصـفقات العمومية ، وأحيانا أخرى تخضع للقانون الخاص في إبرام بعض العقود الأخرى، إذ أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع جميعها لنظام قانوني واحد، فهناك عقود خاضعة لنظام القانون الخاص الذي يحكم عقود الأفراد و تلجأ الإدارة إلى إبرام هذا النوع من العقود عندما تقرر أن إتباعها أسلوب القانون الخاص يكفي لتحقيق أهدافها ، وتظهر بمظهـر الشـخص العادي في التعاقد مع الأفراد مجردة من امتيازات السلطة العامة.

ونجد ما يعرف بالعقود الإدارية أين تظهر بوصفها سلطة عامة ، فتختلف عقودها هذه عن العقود السابقة التي تتم بين الأفراد ، تحكمها قواعد القانون العام ، ومن ثمة يظهر الفرق بين عقود الإدارة والعقود الإدارية .

فعقود الإدارة تتضمن جميع العقود التي تبرمها سواء كانت إدارية أو مدنية ، بينما لا تنطبق العقود الإداريـة إلا على تلك التي تظهر فيها الإدارة مرتدية رداء السلطة العامة فتتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق منفعة عامة أو مصلحة مرفق من المرافق العامة ، ومن هنا تظهر أهمية هذه العقود لأداء نشاط الإدارة .

ولعل من أشهر العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد نجد الصفقات العمومية التي تخضع لنظام قـانوني متميـز مقارنة بالعقود الأخرى المبرمة سواء في إطار القانون الخاص أو تلك المسماة بالعقود الإدارية وهذا بالنظر إلى الخصائص والمميزات التي تطبعها انطلاقا من عملية تشكيلها وتكوينها مرورا بإبرامها ثم تنفيذها وإنائها[1].

---

[1] ـ بخلاف القانون الفرنسي الذي يعتبر عقد الصفقة العمومية عقدا إداريا ، لم يتضمن قانون الصفقات العمومية في الجزائر تكييفا صريحا له رغم اقترابه من عقد المقاولة مع صدور المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن صفقات المتعامل العمومي ،وقد عرفتها المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم . و كانت هذه الفكرة محل نقد لمعرفة طبيعة عقود الصفقات العمومية ( أنظر في هذا الصدد : بن ناجي شريف، محاضرات في مادة الصفقات العمومية، ألقيت على طلبة الماجستير، الفرع: الدولة والمؤسسات العمومية، السنة الجامعية 2006/2005.وكذا : محيو أحمد،محاضرات في المؤسسات الإدارية،الطبعة الرابعة،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2006،ص 353 ).

ولما كانت للصفقات العمومية أهمية كبيرة في تنفيذ المشاريع العمومية وانجاز برامج التنمية فقد أعطى المشـرع هذا النوع من العقود إطارا تنظيميا خاصا يتمثل في المرسوم الرئاسي 02- 250 المـؤرخ في 2002/07/24 المعـدل والمـتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، حيث عرف النظام القانوني للصفقات العمومية قبل ذلك تطورا ملحوظـا منـذ الاستقلال بدءا من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 إلى المرسوم رقـم 82-145 المـؤرخ في 1982/04/10 مـرورا بالمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 إلى غاية إصدار المرسوم الرئاسي رقم 02-250 .

إن أهمية الصفقات العمومية تكمن بصورة واضحة بالنظر لصلتها الوثيقة بالخزينة العمومية وهذا لكونها تنصب على مصاريف الإدارات العمومية أي على عملية الإنفاق العام لذا وجب إخضاعها لطرق خاصة تتعلق أساسا بإبرامهـا كما ينبغي إخضاعها لإطار رقابة محددة ومتنوعة بهدف ترشيد النفقات العمومية والحد من ممارسات إهـدار الأمـوال العامة دون فائدة و قد جاء التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 في المادة 2 منه ليضيف المؤسسات العمومية الاقتصادية عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا مـن ميزانية الدولة و هذا إلى جانب الإدارات العمومية ، المؤسسات الوطنية المستقلة ،الولايات، البلديات ،الهيئات العموميـة ذات الطابع الإداري ، مراكز البحث و التنمية ، الهيئات العمومية الخاصة ذات الطابع العلمي و التكنولوجي ، و كـذا الهيئات العمومية ذات الطابع العلمي، الثقافي و المهني ، الهيئات العمومية ذات الطابع العلمي و التقني و الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري.

كما تبرز أهمية الصفقات العمومية أيضا من حيث اعتبارها أداة تنفيذ مخططات التنمية الوطنية والمحلية على حد السواء، ذلك أن البرامج والخطط الاستثمارية التي تضعها السلطات المركزية المختصة إنما يقع تنفيذها على الإدارة المعنية في جزء كبير منها عن طريق الصفقات العمومية، كما هو الحال في الجزائر بالنسبة لتنفيذ برنامج الإنعـاش الاقتصـادي خلال الفترة 2001- 2004 ثم تكملته ببرنامج آخر وهو برنامج دعم النمو للفترة 2005- 2009 ، بحيث تعتبر هذه الـبرامج جزءا مهما من الإنفاق العمومي في مجال التجهيز والاستثمار.

ومع إقرار التوجه نحو انفتاح السوق أقر المشرع سياسة قانونية لتجسيد مبادئ هذا التوجه خاصة مبدأ المنافسـة بين المتعاملين وحياد الإدارة في اختيار أحسنهم لما يملكونه من مؤهلات مالية وتقنية حيث تم تبني مجموعة من القواعـد والأسس ذات الصبغة الليبرالية في النظام القانوني للصفقات العمومية تماشيا مـع التطـورات السياسـية والاقتصـادية والاجتماعية التي عرفتها البلاد مع نهاية الثمانينات.

ونتيجة لذلك تم إدخال نظام خاص للضمانات التي تهدف إلى حسن تنفيذ الأطراف المتعاقدة لالتزاماتها وعـدم المساس بحقوقها التعاقدية، وهذا في شكل مبادئ عامة وإجراءات عملية تميز الصفقات العموميـة عـن عقـود الإدارة الأخرى نظرا لإحاطتها بكم هائل من هذه المبادئ والإجراءات، فقد نصت المادة 80 من قانون الصفقات العمومية على أنه: " يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشـروط لاختيـار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة" وهو ما يضفي أكثر الطابع الإلزامي للضمانات المطلوبـة سـواء في اختيار المتعاملين أو في توفير أفضل الشروط لتنفيذ موضوع الصفقة، حيث يقع هذا الالتزام أساسا على الإدارة المتعاقدة بصفتها صاحب المشروع والمكلف بتنفيذه.

إن حرص المشرع الجزائري على إلزام الإدارة المتعاقدة بالبحث عن توفير أنجع الضمانات لإبرام صفقاتا المتمثلة إما في إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، تقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات ما هو إلا بدافع الحفاظ على الأموال العمومية التي هي محل الإنفاق العام من طرف الدولة والجماعات المحلية وترجيحا للمصلحة العامة، لذا نجد أن الإدارة المتعاقدة تتمتع بامتيازات وسلطات مميزة تتجلى في كافة مراحل الصفقة، منذ إبرامها حتى اكتمال تنفيذها، إذ تملك الإدارة على سبيل المثال عند عملية اختيار المتعامل المتعاقد ،حق استبعاد بعض الأشخاص من المشاركة في منافسة الحصول على الصفقة لأسباب تقدرها هي، وكذا لها حق استبعاد بعض العروض قبل البت في الصفقة بقرار مسبب تصدره لجنة لتقييم العروض.

كما يبرز الدال أكثر وضوحا لامتيازات الإدارة بعد إبرام الصفقة، إذ يتقرر لها في مواجهة المتعاقد معها حقوقا وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر، منها سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه وتعديل بنود الصفقة، كما لها امتياز وقف تنفيذ الصفقة أو إلغائها نائيا بإرادتا المنفردة متى تبين لها وفقا لمقتضيات المصلحة العامة أن تنفيذها أصبح غير ضروري ، إضافة إلى ذلك فإن للإدارة حق توقيع عقوبات وجزاءات مختلفة على المتعامل المتعاقد عند إخلاله بأحد شروط الصفقة وبنودها.

ومما سبق يتضح أن للإدارة سلطات واسعة لمواجهة المتعاقد معها ، وهو ما يحتم على التشريعات توفير حماية قانونية كافية لمواجهة إساءة استعمال هذه السلطات، وهذا إلى جانب ما أرساه القضاء الإداري في هذا الصدد.

و بالمقابل قد تتعرض الإدارة المتعاقدة إلى عدة مشاكل تحول دون حسن اختيارها لأفضل المترشحين للصفقة ومنه التأثير سلبا على حسن التنفيذ مما يعرض أداء النشاط الإداري إلى صعوبات جمة وبالتالي المساس بمبدأ استمرارية المرافق العامة .

**دوافع وأهمية اختيار موضوع الدراسة:**

يعد موضوع الضمانات في الصفقات العمومية من بين المسائل الحساسة لكونه يرتبط مباشرة بإحدى أوجه الإنفاق العمومي الذي بات في تزايد مستمر نظرا لتعدد مجالات تدخل الدولة في شتى الميادين ، لكن قد يصادف إبرام الصفقات العمومية مشاكل ومخاطر جمة قد ترهن تنفيذ المشاريع الهامة وتؤثر في نجاعة الطلبات العمومية وبالتالي تؤدي إلى تعطيل قيام الإدارة بنشاطاتا على أكمل وجه واضطلاعها بمهامها المختلفة لخدمة مصالح المواطنين وسير المرافق العامة لذا فقد تم التفكير في وضع ضمانات مختلفة تكفل حسن سير عملية إبرام و تنفيذ الصفقة العمومية بما يتوافق مع المبادئ الأساسية لها، لعل الغاية الأساسية لتلك الضمانات هي حماية حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة والحفاظ على الأموال العمومية من الاستغلال السئ في إطار ما يسمى بترشيد الإنفاق العام من جهة أخرى.

وعلى ضوء هذا الوصف جاء اختيارنا للموضوع بغرض الدراسة والبحث في الجوانب القانونية والإدارية دون إغفال الممارسة الميدانية التي تسمح لنا بتقييم نظام الضمانات المتبع حاليا من حيث نقاط القوة والضعف.

**حدود الدراسة :**

إن معالجة موضوع البحث من جميع جوانبه النظرية و التطبيقية تقتضي وجوبا الإلمام أكثر بالنشاط الإداري و علاقته بالجمهور ، هذه العلاقة تبقى دائما رهينة السلوكات و الأعمال التي يقوم با رجال الإدارة و التي ترجع بالأساس

إلى تكوينهم القانوني و ثقافتهم الإدارية مما قد لا يتيح لنا على الأقل فرصة الحكم بدقة و تقييم نجاعة الضمانات الموجودة في النصوص القانونية ،لذا فقد انحصرت هذه الدراسة في تحليل أسس إبرام الصفقة العمومية مع التركيز أحيانا على الممارسة الميدانية ، هذه الأخيرة تبقى المعيار الحاسم و الفعلي للقيام بأية عملية تقييم لنظام الضمانات في الصفقات العمومية.

**إشكالية الدراسة:**

إن عدم تبيان مفهوم و طبيعة الضمانات الواجب على الإدارة المتعاقدة إيجادها بغرض حسن اختيار المتعاملين معها وتوفير أفضل شروط تنفيذ بنود الصفقة يدفعنا إلى التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذه الضمانات في ظل وجود نصوص قانونية متعددة خارج نطاق قانون الصفقات العمومية ، تفيد كلها بضرورة توفير الضمانات الكافية لحماية حقوق الأطراف المتعاقدة.

لذا فإن إشكالية البحث تكمن في ما يلي:

**ما مفهوم و طبيعة الضمانات المقررة** في **إبرام الصفقة العمومية وتنفيذها ؟ وإلى أي مدى تسمح هذه الضمانات بتوفير الشروط الملائمة لحسن انجاز موضوع الصفقة العمومية أو كيف يمكن تثمين نظام الضمانات وتفعيله** في **ميدان الطلبات العمومية؟**

**فرضيات الدراسة:**

إن تقديم دراستنا تكون وفقا لصياغة الفرضيات التالية:

- دوافع لجوء الإدارة العمومية إلى إبرام الصفقات العمومية هي إشباع الحاجات العمومية و تسيير المرافق العامة تقتضي بالضرورة إيجاد المصادر المالية الكافية و التعاقد مع أحسن المتعاملين ومنه وضع ضمانات مناسبة كشرط أساسي للحفاظ على المال العام من مخ**اطر** الاستغلال السيء له ، و هذه الضمانات يجب أن تغطي كافة مراحل الصفقة العمومية خصوصا مرحلة الإبرام .
- تمثل الضمانات المقررة في مجال الصفقات العمومية **فائدة مزدوجة** لأطراف الصفقة ، فهي حق و واجب في آن واحد، خاصة بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي يمتاز مركزه القانوني بكونه أقل من مـ لة المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد المبرم بينهما، ومنه يتطلب الأمر توفير الحماية اللازمة.

**منهج الدراسة:**

للإجابة على الإشكالية المطروحة و معالجة مختلف جوانب الموضوع ، نعتمد في هذه الدراسة على المنهجين الاستقرائي والتحليلي معا بالإضافة للجوء أحيانا إلى المنهج الوصفي و كذا المقارنة مع التشريعات الأخرى كالتشريع المصري والتشريع الفرنسي بهدف تقديم إيضاحات وافية في هذا الإطار.

ومنه فقد تم تقسيم الدراسة إلى فصلين، يشمل الفصل الأول على عرض للمبادئ و الإجراءات التي تحكم عملية إبرام الصفقة العمومية من حيث أساليب وطرق اختيار المتعامل المتعاقد والأسس التي تضبطها ، وكذا إلى قواعد تسوية الـ اعات الناتجة عن قرار منح الصفقة العمومية، وهي كلها تمثل ضمانات تكوين الصفقة العمومية.

أما الفصل الثاني فتم تخصيصه لدراسة الضمانات في مرحلة تنفيذ و إنهاء الصفقة العمومية ، حيث قسم أيضا إلى ثلاثة مباحث تتعلق بطبيعة نظام الضمانات في هذه المرحلة الهامة وهي ضمانات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و ضمانات مفروضة على المتعامل المتعاقد و أخيرا تلك الضمانات الخاصة بفض النزاعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة العمومية و فيما يلي الخطة التي اعتمدناها في التصدي و معالجة موضوع هذه الدراسة :

**الفصل الأول: الضمانات في مرحلة تكوين الصفقة العمومية**

**المبحث الأول:** الضمانات المرتبطة بقواعد وشروط إبرام الصفقة العمومية

**المطلب الأول:** قاعدة المنافسة في اختيار المترشحين بين الحرية والتقييد

**المطلب الثاني**: حدود مبدأ حرية الوصول للصفقة والمساواة بين المترشحين

**المبحث الثاني:** الضمانات المتعلقة بإجراءات منح و اعتماد الصفقة العمومية

**المطلب الأول:** تكريس مبدأ شفافية الإجراءات و حياد الإدارة

**المطلب الثاني :** ممارسة الرقابة القبلية كضمان أساسي

**المبحث الثالث**: ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن إبرام و منح الصفقة العمومية

**المطلب الأول :** أولوية التسوية الودية للنزاع

**المطلب الثاني:** التسوية عن طريق القضاء

**الفصل الثاني: الضمانات في مرحلة تنفيذ وإنهاء الصفقة العمومية**

**المبحث الأول:** الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة

**المطلب الأول:** ضمانات التسوية المالية للصفقة

**المطلب الثاني:** ضمانات التوازن المالي للصفقة

**المبحث الثاني :**الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد

**المطلب الأول:** ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية

**المطلب الثاني :** ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية

**المبحث الثالث :** ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية

**المطلب الأول :** التسوية الودية للنزاع

**المطلب الثاني :** التسوية القضائية للنزاع

**الخاتمة:**

# الفصل الأول:

## الضمانات في مرحلة تكوين الصفقة العمومية

## - ضمانات اختيار المتعامل المتعاقد –

نظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية البالغة مقارنة بالعقود الأخرى التي تبرمها الإدارة العمومية، فإن عملية إبرام الصفقات العمومية لا تتم إلا وفقا لقواعد وإجراءات محددة مسبقا ضمن المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ذلك أن إجراء عقد من عقود الإدارة يخضع لعدد من القواعد المتميزة، بصورة عامة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص.

ففي مرحلة تكوين الصفقة تظهر جليا إمتيازات الإدارة وكذلك حقوق الاستخدام التي تقع على كاهلها، لذلك ينبغي لدراسة ضمانات تكوين عقد الصفقة العمومية، معرفة الإطار القانوني والتنظيمي لهذه العملية بالتطرق إلى مختلف المبادئ والقواعد التي تضبط عملية الإبرام وكذلك إلى طرق وأساليب إجراء العقد المختلفة والمراقبات التي تمارس خلال مراحل إعداده، دون إغفال حقوق المتعاملين المترشحين في الطعن والاعتراض على اختيارات الإدارة صاحبة الصفقة، وهذا باعتبار أن الصفقة ما هي إلا عقد يربط بين طرفين على الأقل.

وتسيطر على عملية إبرام الصفقات العمومية مجموعة من الاعتبارات الأساسية التي تحدد وسائل إختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة، وتشمل هذه الاعتبارات ما يلي:

1. تحقيق أكبر مردود مالي للخزينة العامة وهو ما يفرض على الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية.
2. المصلحة الفنية للإدارة و بالتالي يمكن لها إختيار أكفء المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر على كل الاعتبارات المالية.
3. مراعاة إعتبارات العدالة القانونية التي تقوم على أساس ضرورة كفالة وحماية حقوق الأفراد وحرياتم، بتحقيق الضمانات اللازمة لذلك من أي تديد من تعسف السلطات الإدارية المتعاقدة، وإساءة إستعمال حريتها المطلقة في اختيار الطرف المتعاقد معها[1].

ونظرا لأهمية وضرورة هذه الاعتبارات الجوهرية وتعارضها في النتائج أحيانا فإن معظم التشريعات المقارنة تراعي دوما وتحافظ عل تحقيق التوفيق والانسجام بينها، فتقرر بناءا على ذلك وضع عدة طرق لاختيار المتعهد الذي يقدم عادة أفضل الضمانات وهو ما أفادت به المادة 80 من المرسوم الرئاسي 02-250 من أنه" يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة".

ومنه فإن المصلحة المتعاقدة ليست حرة مبدئيا في منح الصفقة للمتعاقد الذي يروق لها، إذ حدد لها القانون أسلوبين للاختيار يتعين عليها التقيد بما، وفي هذين الأسلوبين تختلف أولويات الإدارة مع متطلبات وأهداف إبرام

[1]- عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2007 ، ص 202.

الصفقة بالنسبة للمتعامل المتعاقد، فهناك أسلوب المناقصة أو ما يدعى بطلب العروض أين تختفي فيه تقريبا حرية الإدارة في التعبير عن إرادتها في اختيار المتعامل المتعاقد من خلال إتباع إجراءات محددة مسبقا ضمن أحكام قانون الصفقات العمومية، بينما تبرز جليا هذه الحرية في الأسلوب الثاني ألا وهو التراضي أين يتاح للإدارة نوع من المرونة في تحديد معايير إختيار الطرف المتعاقد، لكن دون أن ننسى بأن القانون قد وضع مجموعة من الشروط التي يتم اللجوء فيها لسلوك هذه الطريقة التي تمس كثيرا بأحد أهم المبادئ التي تقوم عليها الصفقة وهي حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين.

ومن خلال التعرض لمبادئ وشروط إبرام الصفقة ( المبحث الأول) لغرض معرفة أهم الضمانات المخولة من جهة للإدارة في اختيار أحسن المترشحين حماية للأموال العامة وكذا بالنسبة للمتعاقدين بالنظر إلى مصالحهم وحقهم في المساهمة في إشباع الحاجات العمومية من خلال حرية الوصول إلى الطلبات العمومية كما سنتطرق في هذا الفصل إلى إجراءات منح اعتماد الصفقة والتعرض إلى القواعد الواجب احترامها من طرف المصلحة صاحبة الصفقة (المبحث الثاني) ومن بينها إلزامية الإعلان ومبدأ الشفافية والحياد في عملية تخصيص الصفقة للعارض الأكثر كفاءة، مرورا بخصوصيات الرقابة الممارسة على هذه العملية ، وفي الأخير نتعرض بالتفصيل إلى حقوق المتعهدين والضمانات المكفولة لهم في حالات عدم منحهم الصفقة أو إعلان عدم جدوى الدعوة للمنافسة ( المبحث الثالث) وذلك خاصة من خلال دراسة حق الطعن وطرق تسوية ال اعات الناتجة عن قرار تخصيص الصفقة.

## المبحث الأول: الضمانات المرتبطة بقواعد وشروط إبرام الصفقة العمومية

أفادت المادة 35 من قانون الصفقات العمومية على أنه: " يحدد البحث عن الشروط الملائمة أكثر لتحقيق الأهداف المسطرة للمصلحة المتعاقدة في إطار مهمتها، اختيار كيفية إبرام الصفقات " وعلى هذا الأساس تتصرف الإدارة بمقتضى شروط محددة تعتبر ضمانات قانونية لتجسيد المبادئ العامة التي تحكم سير عملية إبرام الصفقات العمومية وتتمثل هذه المبادئ أساسا في:

- حماية المال العام من **مخاطر** سوء التسيير والاستعمال أو التحويل عن وجهته المقصودة.
- ضمان مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المتعاملين.
- تمكين الإدارة من إختيار أفضل المترشحين للتعاقد معها .

و منه فإن إبرام الصفقات العمومية يفرض الاستجابة للأهداف المسطرة مسبقا والتي تدور أغلبها حول التسيير الجيد للأموال العمومية ، تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن مصالح الأطراف المتعاقدة[1].

إن ما يعنينا أكثر في دراسة طبيعة الضمانات المقررة في طريقة إختيار المتعاقدين هو مدى احترام الإدارة المتعاقدة للمبادئ والشروط اللازمة المنصوص عليها كإطار قانوني وتنظيمي عام وهذه القواعد الجوهرية تتمثل في:

1. **قاعدة المنافسة العامة** التي تقتضي إفساح ا ال إلى جميع الأشخاص الذين يهمهم أمر المناقصات والمزايدات العامة

---

[1] ـ قدوج حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية 2006 ص05.

والذين تتحقق فيهم وتنطبق عليهم شروط المناقصات والمزايدات العامة [1].

2. **قاعدة المساواة وعدم التميز بين المتنافسين** وتعني أن يعامل جميع المشتركين في المناقصة معاملة متساوية قانونا وفعلا وتعد هذه القاعدة مرادفة لمبدأ المساواة أمام القانون وهو مبدأ دستوري أساسي [2] ، ويعني أن كل شخص يجب أن يعامل بصورة مماثلة مع شخص آخر في حالة وجودهما أمام نفس الوضعية القانونية[3].

لقد أفادت المادة 09 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الواردة في الباب الثاني الخاص بالتدابير الوقائية في القطاع العام على أن:" عملية إبرام الصفقات العمومية يجب أن تؤسس على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة[4] و على معايير موضوعية، بحيث تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء.
- معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية".

كما تم مؤخرا في تعديل قانون الصفقات العمومية إدخال مادة هامة في موضوع الضمانات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية و هذا أسوة ببعض التشريعات المقارنة حيث نصت المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 على إحداث مادة 2 مكرر تنص على أنه : " لضمان نجاعة الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعي الصفقات العمومية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية و المساواة في معاملة المترشحين و شفافية الإجراءات ".

و يتضح جليا أن الأخذ بهذه المبادئ في مجال الصفقات العمومية قد أصبح ضرورة ملحة، نظرا للفوائد التي يجنيها كل طرف من أطراف الصفقة، فمن جهة الإدارة المتعاقدة التي يعود إليها اختصاص تحديد طريقة الاختيار يجب عليها أن تتصرف وفقا لأحكام قانون الصفقات العمومية وبالتالي احترام شروط الدعوة للمنافسة التي تحتم إجراء مقارنة بين عدة عروض من أجل انتقاء أحسنها، بالإضافة إلى وجوب معاملة جميع المتعهدين على قدم المساواة، بحيث تعتبر المواد المتعلقة بكيفيات الإبرام من قواعد النظام العام، والجهل بها يثيره القاضي من تلقاء نفسه.

أما من جهة المتعامل المتعاقد، فإن فرض هذه القواعد والشروط يؤديان إلى تحقيق الأهداف المتوخاة من الترشح للطلبات العمومية، باعتبارها ضمانات تصب في مصلحته، لذا فالتساؤل المطروح هو: ما طبيعة الضمانات المتوفرة للإدارة العمومية لاختيار أفضل العروض والتعهدات ومنه أحسن المتعاقدين؟ إلى أي مدى تسمح الإجراءات والأحكام المتعلقة بطرق اختيار المتعاملين المتعاقدين بتحقيق الأهداف المرجوة ؟ وهل فعلا أن التنظيم الحالي للصفقات العمومية قد

---

[1]- عوابدي عمار ، المرجع نفسه ، ص 204.

[2]- أنظر: المادة 29 من الدستور " كل المواطنين سواسية أمام القانون ". والمادة 31 :" تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان، وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية" وكذا المادة 37: " حرية التجارة و الصناعة مضمونة ، و تمارس في إطار القانون "

[3]- LAJOYE Christophe , Droit des marchés publics, Gualino éditeur, eja. Paris 2003, p : 48.

[4]- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ( الجريدة الرسمية رقم 36 المؤرخة في 2008/07/02)، تضمن أحكاما خاصة بالصفقات العمومية حيث نصت المادة 2 منه على :" تطبق أحكام هذا الأمر على : ...
- الصفقات العمومية إبتداء من الاعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة ..." .

وفق لضبط أساليب الإبرام بالشكل الذي يكفل مواجهة سلطات المصلحة المتعاقدة الواسعة ؟ وإلى أي حد تم تكريس المبادئ والاعتبارات السابقة لاختيار المتعاقد الكفء ؟

إجابة على هذه التساؤلات يمكن أن نتطرق إلى كل مبدأ على حدى ، مبدأ المنافسة في اختيار المترشحين (مطلب أول) ثم قاعدة المساواة وحرية الوصول للطلبية العمومية (مطلب ثان).

### المطلب الأول: قاعدة المنافسة في اختيار المترشحين بين الحرية والتقييد

إذا كانت المصلحة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية محددة حصرا عبر مراحل تطور النظام القانوني لهذا النوع من العقود، فإن المتعامل المتعاقد لا يخضع لهذا التحديد والحصر لأن الأصل أن المصلحة المتعاقدة مجبرة على منح الصفقة لأكفء العارضين[1].

ومنه فإن فكرة إختيار أفضل وأكفء العارضين لا يمكن أن تتم إلا وفق إدراج قاعدة هامة ألا وهي الدعوة للمنافسة التي اعتمدت في قوانين الصفقات العمومية تماشيا مع التوجهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد خاصة مع مطلع التسعينات ، وقد كفل القانون احترام هذا المبدأ من خلال ما نصت عليه المادة 20 منه على أنه: " تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي".

وكما قلنا سابقا أن كيفيات إبرام الصفقات تتميز كل واحدة بالمعايير المستخدمة في اختيار صاحب الصفقة من بين المتنافسين، والسؤال الواجب طرحه في هذا الإطار هو: هل للإدارة الحق في اختيار الكيفية التي تراها مناسبة من بين الكيفيات المحددة في القانون ؟ كما يثير التساؤل حول درجة حرية الإدارة العمومية في اختيار تقنية إبرام صفقاتا أي حول الضمانات التي يوفرها القانون لفائدة الإدارة في حسن إبرام الصفقة واختيار أفضل المتعاقدين ؟

#### **<u>الفرع الأول</u>: أسلوب المناقصة كقاعدة عامة للتعاقد**

إذا كان الهدف من وراء وضع نظام للمنافسة كشرط جوهري لإبرام عقود الإدارة عامة والصفقات العمومية خاصة هو الوصول إلى تحقيق اختيار أفضل المتعاقدين، فإن تلبية هذا المطلب الضروري لا يتم إلا بتوافر ثلاث شروط وهي:

1- غياب آثار التسلط والسيطرة
2- تجانس المواد
3- حرية الإعلام و المشاركة[2].

و بما أن أساليب الإختيار تنحصر في أسلوبين رئيسيين وهما إجراء المناقصة من جهة و التراضي من جهة أخرى، فإن النظام القانوني للصفقات العمومية قد وضع لهذين الأسلوبين قواعد و شروطا لضمان صحتهما قانونيا و ملاءمتهما لاحتياجات المصلحة المتعاقدة من خلال التعرض بالتفصيل لخصائص كل أسلوب على حدى.

---

[1]- أنظر في هذا الصدد: المادة 1 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج ر 52) وكذا المادتين 5و 20 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (ج ر 15) وكذا المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج ر 57) والمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج ر 52).

[2]- قدوج حمامة ، مرجع سابق ، ص 05.

1- **تعريف المناقصة:**

وفقا لنص المادة 20 من قانون الصفقات العمومية فإن أسلوب المناقصة يعد أهم أساليب التعاقد، وهذا باعتباره القاعدة العامة، حيث تخضع بصورة إلزامية لمبدأ الدعوة للمنافسة ويتم تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أقل الأثمان[1] و هو ما يجعل هذه الكيفية تختلف عن الكيفيات الأخرى، حيث اعتبرت لمدة طويلة كقاعدة عامة لإبرام الصفقات العمومية ، لتوافقها مع مفهوم الليبرالية الاقتصادية بقيامها على مبدأ المنافسة من جهة ومفهوم المصلحة العامة من جهة أخرى.

وإذا عدنا إلى مفهوم المناقصة في مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية في الجزائر، نجد خلطا في المعايير المعتمدة في تحديد كيفيات الإبرام، فبالرجوع إلى النص الفرنسي نجده ينص على أن:

((Les marchés publics sont passés selon la procédure **d'appel d'offres**))

أي أن المصطلح المقابل للمناقصة في النص الفرنسي هو"l'appel d'offres " الذي يراد به طلب أو استدراج العروض، هذه الترجمة لا تستقيم والمنطق القانوني، ذلك أن طلب العروض أسلوب من أساليب التعاقد الإداري يتيح للإدارة حرية في اختيار المتعاقد معها في إطار من المنافسة ومن خلاله تستطيع الإدارة أن تختار العطاء الأفضل دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأقل[2].

في حين أن ما يميز المناقصة عن غيرها من أساليب التعاقد فهو مبدأ آلية إرساء الصفقة على العطاء الأقل سعرا، بحيث تظهر محدودية إرادة الأطراف في هذا الإجراء ويتدخل القانون بإجبار الإدارة المتعاقدة على إقامة المنافسة عن طريق إجراء المناقصة ويفرض عليها اختيار المترشح الذي يقدم أقل العروض.

و من جهة أخرى فقد برزت مميزات أسلوب طلب العروض بجلاء في نص المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي عرفت المناقصة كما يلي: " المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض" و هو نفس التعريف الذي أورده المرسوم رقم 82-145 للدعوة للمنافسة[3].

وبذا التعريف تعني المناقصة طلب العروض في النظرية العامة للعقود الإدارية[4].

وربما قد يرجع هذا الخلط إلى أن أسلوب طلب العروض قريب من أسلوبي المناقصة والمزايدة وأنه يستدعي أيضا المنافسة لكن يختلف طلب العروض عنهما كون أن الصفقة العمومية لا تكون مباشرة من نصيب العروض التي تقدم أدنى سعر، وإنما تحاول الإدارة بذه الطريقة اختيار المتعاقد الذي يقدم ويحقق أحسن الشروط المالية والفنية[5].

وعليه إذا كان يقصد بإيراد مصطلح المناقصة في النص العربي للمادة 20 المنافسة بمفهومها القانوني والوارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، فإن هذا التعريف خاطئ لأنه يحمل خصائص أسلوب طلب العروض كما سبقت الإشارة،

---

[1] - PEISER Gustave , le droit administratif , mémentos, Dalloz, p :63

كما ذهب الأستاذ أحمد محيو إلى وجوب إرساء المناقصة على المتعهد المتقدم بأقل عطاء: ((l'adjudication est obligatoirement attribuée au soumissionnaire le moins disant c'est-à-dire à celui qui offre le prix le plus bas ))

[2]- محمد أحمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 ص 15 وما يليها.

[3]- انظر: المادة 28 من المرسوم رقم 82-145.

[4] - REVERO Jean , le droit administratif, 9éme édition, Dalloz, Paris, p124.
MORAND DE VILLER Jacqueline , Cours de droit administratif ,6éme édition. Mon Chrétien, Paris 1999, p 406.

[5]- لباد ناصر، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى لباد éditeur 2004، ص 434.

بالإضافة إلى أن المزايدة لا تعد شكلا من أشكال المناقصة كما عددته المادة 23 من قانون الصفقات العمومية لأنا عكس المناقصة هذا من جهة، أما من جهة ثانية إذا اعتمدنا مصطلح طلب العروض الوارد في النص الفرنسي للمادة 20، وبالتبعية نطلقه على كل مصطلح " مناقصة" وارد في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 لتقرر أن المشرع أغفل أسلوبا مهما ورائجا لإبرام الصفقات العمومية ألا و هو المناقصات.

لكن هذا الأمر مستبعد لطالما اعتبرت المناقصة أهم طرق اختيار المتعامل المتعاقد وبالتالي أهم أساليب التعاقد الإداري[1]، إضافة إلى ذلك و بالرغم من أن المصطلح "l'adjudication" تشترك فيه المناقصة والمزايدة معا إلا أن المشرع وبعد الإطلاع على التعريف المعطى له نجده محصورا في مفهوم المزايدة دون المناقصة.

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية لسنة 1967 قد إعتبر إجراء المناقصة صالحا فقط بالنسبة للصفقات التي يكون موضوعها توريدات بسيطة من النوع العادي، بينما قانون البلدية الصادر بموجب الأمر 67-24 المؤرخ في 1967/01/18 قد جعل من المناقصة مبدءا عاما[2].

وباعتبار أن أسلوب المناقصة هو القاعدة الأساسية و الأصل في التعاقد الإداري[3]، فقد ألزم التنظيم الجديد للصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة بإتباعه لاختيار المتعامل المتعاقد إذا جاوزت قيمة الصفقة العتبة المالية المحددة بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

إذ أفادت المادة 3 منه على أنه إذا كانت قيمة العقد أو الطلب المزمع من المصلحة المتعاقدة عقده يتجاوز مبلغ 08 ملايين دينار جزائري (8.000.000دج) بالنسبة لخدمات الأشغال والتوريدات و 04 ملايين دينار جزائري (4.000.000دج) لخدمات الدراسات والخدمات، فهي ملزمة بإتباع أسلوب المنافسة وأشكاله المحددة قانونا، مع خضوعها لكافة الإجراءات المقررة قانونا، وهذا بغرض الحصول على أكبر قدر ممكن من المتقدمين بعروضهم، لتمكين المصلحة المتعاقدة من اختيار أفضل المترشحين الراغبين في أداء الخدمة العامة.

و مما سبق تتضح جليا أهمية أسلوب المناقصة كنوع من أنواع الدعوة للمنافسة، بالنظر لأنه يضع قيودا حقيقية أمام الإدارة المتعاقدة بما يكفل حماية المال العام باعتبار أن الصفقات العمومية تدخل في باب الإنفاق والمصاريف العمومية حسب المادة 02 من قانون الصفقات العمومية.

كما أن إعطاء الأولية لهذا الأسلوب من شأنه أن يحمي المتعاملين المترشحين من أي تعسف أثناء معالجة ودراسة عروضهم وهو ما نلمسه بوضوح في إجراءات المناقصة بشتى أنواعها.

**2- أشكال المناقصة:**

لما كان للصفقات العمومية كما تقدم البيان وثيق الصلة بالخزينة العامة ، وجب حينئذ تحديد طرق خاصة لإبرامها وإلزام الإدارة إن هي رغبت في التعاقد بإتباع هذه الطرق، غير أنه من جهة أخرى تم فسح المجال للإدارة

---

[1]- أنظر: المواد 2 و 3 من الأمر رقم 67-90 والمادة 33 من المرسوم رقم 82-145 .

[2] - Cf .à ce sujet BENNADJI Chérif , L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie – Thèse de doctorat d'Etat , Université d'Alger ,1991 ,p 220.

[3]- أنظر أيضا: المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المؤرخ في 1996/01/22" تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة الذي يشكل القاعدة العامة أو إجراء التراضي".

للاختيار بين عدة أنواع من المناقصة بما يعني إعطاء حرية و مرونة أكبر لاختيار الأسلوب و النمط الذي يليق بها حسب ظروف كل عملية تعاقدية[1].

ورجوعا إلى المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ، نجدها قد عددت أشكال المناقصة في خمسة أشكال وهي: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الاستشارة الانتقائية، المزايدة والمسابقة.

وبذلك تكون الجزائر من الدول التي تفضل التوسيع في أشكال المنافسة فالنص السابق لم يحصرها في أسلوبي المزايدة والمناقصة كما هو الحال في التشريع المصري طبقا لقانون المناقصات والمزايدات رقم 98 لسنة 1998[2] .

لقد وسع القانون من نطاق أساليب المنافسة إلى درجة أنها تكون حسب ما يتطلبه مشروع وموضوع الصفقة محل التعاقد، فقد تكون وطنية أو دولية[3].

ونظرا للجوانب الإيجابية التي يتمتع بها أسلوب المناقصة، فإن الإدارة العمومية تلجأ إليه في إبرام صفقاتها، فالمتصفح للجرائد اليومية الوطنية يلمس كثرة الإعلانات عن إجراء مناقصات وطنية ودولية، مفتوحة كانت أو محدودة، فقد أثبتت التجربة العملية أن أسلوبي المناقصة والمزايدة تلجأ إليهما المصلحة المتعاقدة لاستفادتها من خلالهما بعدة متنافسين وعارضين، بحيث تلتقي العديد من العروض لاختيار أفضلها وبالشكل الذي يضمن تحقيق المصلحة العامة.

**أ- المناقصة المفتوحة**: L’appel d’offres ouvert

عرفت المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المناقصة المفتوحة بأنها إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا، وبالتالي فإن هذا النوع من المناقصات مفتوح لعدد غير محدود من المناقصين وهو ما يفتح باب المنافسة بين العارضين فليس هناك شروط انتقائية أو اقصائية، وبإمكان من توفرت فيهم شروط المناقصة العامة المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض، بل أن المناقصة قد تتسع دائرتها فتضم أطرافا أجنبية إذا كانت المناقصة وطنية و دولية حسب المادة 23 من قانون الصفقات العمومية.

ففي هذا النوع من المناقصات الدخول للمنافسة حر، وهو مشروط فقط بمقارنة الأسعار المعروضة، ومن ثمة فإن الأخذ بهذا الأسلوب يسمح بفتح المنافسة بين عدد كبير من الأفراد أو الشركات تطبيقا لمبدأ حرية المنافسة، بحيث يتم إتاحة الفرص لكل من تتوفر فيه الشروط أن يتقدم بعطاء، فالمناقصة هي الميدان الحقيقي لتطبيق وتكريس هذا المبدأ.

**ب- المناقصة المحدودة**: L’appel d’offres restreint

أوضحت المادة 25 من قانون الصفقات العمومية، بأنها ذلك الإجراء الذي لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا وبذلك تكون هذه المناقصة قد تم الاعتراف فيها للإدارة بقدر من الحرية في وضع وتحديد شروط المنافسة باعتبارها صاحبة المصلحة، وإليها تعود سلطة وضع معايير خاصة بهدف تحقيق الغرض من العملية التعاقدية فقد تفتح الإدارة مجال المنافسة واسعا فتكون حينئذ المناقصة مفتوحة وقد تضبطها فلا يشارك فيها إلا من توفرت فيهم شروط خاصة أعلنت الإدارة عنها فتكون المناقصة مغلقة أو مقيدة.

---

[1]- بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسور للنشر، الجزائر 2007 ، ص 103

[2]- حنفي عبد الله ، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية 1999، ص 274 وما يليها.

[3]- بن دعاس سهام ، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة 2005 ، ص 09.

ولا شك في أن أسلوب التعاقد بطريق المناقصة المحدودة يؤكد الطابع المعقد لبعض العمليات، لذا يكون من حق الإدارة ومن سلطاتا أيضا أن تقدر ما تراه مناسبا لها من شروط خاصة وتعلن عن المناقصة المحدودة ضمن هذا الإطار الذي رسمته[1].

كما أنه إذا كانت طبيعة اللوازم والأشغال أو الخدمات لا تسمح بفتح باب المنافسة أمام الجميع، فإنه يجوز للإدارة أن تحصر المناقصة بين فئة محدودة من المناقصين تتوفر فيهم المؤهلات المالية والفنية المطلوبة على أن تحدد هذه المؤهلات بصورة مفصلة في دفاتر الشروط الخاصة إلى سائر الضمانات التي يجب توفرها في المناقصين والمؤهلات التي يجب أن تتميز بها الأشغال أو المواد المطلوبة[2].

و تجدر الإشارة إلى أن هناك أنواع أخرى من المناقصات لم ينص عليها قانون الصفقات العمومية في الجزائر، لكن وردت في التشريعات المقارنة مثل:

1) **المناقصة المحلية:** وهي بحكم اسمها مناقصة يقتصر الاشتراك فيها على المقاولين أو الموردين المقيدين في قائمة تعدها الإدارة سلفا، وفيما عدا ذلك تطبق في شأنا الأحكام الخاصة بالمناقصة العامة فيما عدا بعض الاستثناءات[3].

2) **المناقصة على أساس الموازنة** بين **السعر والجودة:** ويقصد بذا النوع من المناقصات تمكين الإدارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية، فلا ينظر إلى الثمن وحده، ولكن على جودة العينة أيضا.

وعلى هذا الأساس تقدر الاعتبارات الفنية في المشروع المطروح أو البضائع المطلوب توريدها، ثم تختار الإدارة من يتقدم بأفضل الشروط المالية لتحقيق أفضل مشروع وهي ملزمة بذا الاختيار[4] .

**ج- الاستشارة الانتقائية:** La consultation sélective

تعد حسب المادة 23 من قانون الصفقات العمومية شكلا من أشكال المناقصة، وقد تم اعتماد هذا الأسلوب منذ صدور المرسوم 82-145 فتضمنتها المادة 32 منه، كما تم تأكيدها في المرسوم التنفيذي 91-434 بموجب نص المادة 28، معتبرا إياها شكلا من أشكال المناقصة حسب المادة 25 منه.

وقد عرفها المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المادة 26/ 01 منه بأنا: " الاستشارة الانتقائية هي إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي كما تحدده المادة 32 من هذا المرسوم " وهو نفس التعريف الوارد في المادة 32 من المرسوم 82-145 والمادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 91- 434 .

وتكفل هذه الطريقة من طرق التعاقد للإدارة صاحبة الصفقة قدرا من الحركة تتمثل في الاعتراف لها بسلطة انتقاء المترشحين مسبقا كمرحلة أولى ودعوتم لتقديم عروضهم بحكم ما تملكه من معلومات عن هؤلاء العارضين وبحكم طبيعة الخدمة موضوع العقد[5].

---

[1]- بوضياف عمار ، المرجع نفسه ، ص104.

[2]- الخوري يوسف سعد الله ، القانون الإداري العام، الجزء I، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، الطبعة الثانية، 1998، ص 472.

[3]- محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002، ص512 وما يليها.

[4]- الطماوي سليمان محمد ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس ، 1991 ، ص 244 وكذا زيدان علي الدين ومحمد سيد أحمد ، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء II دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002، ص 106.

[5]- بوضياف عمار ، مرجع سابق، ص 106.

ومنه تلجأ المصلحة المتعاقدة لإبرام صفقاتا وفقا لطريقة الاستشارة الانتقائية، حينما تتطلب الأعمال موضوع العقد بحكم تعقدها أو نظرا لطبيعتها الخاصة القيام بانتقاء مسبق للمترشحين في مرحلة أولى قبل دعوة المقبولين منهم لإيداع العروض، ويفهم مما سبق أن هذا النوع من المناقصة يتم على مرحلتين أساسيتين هما:

**1- مرحلة الانتقاء الأولي للمترشحين:**

وتتولى فيها الإدارة مباشرة الاتصال بمجموعة من العارضين ممن تختارهم وتقدر فيهم أهميتها الخاصة أو مهاراتم أو إمكاناتم، وتطلب منهم تقديم عروضهم دون أن ينجم عن ذلك أية مسؤولية تعاقدية من جانبها في هذه المرحلة، طالما وصفناها بأنا أولية [1] ، حيث تضع الجهة الإدارية المختصة نظاما للإنتقاء المسبق يتضمن على وجه الخصوص :

أ/ قائمة المستندات التي يجب أن يتقدم با المترشحون، وهي عبارة عن الملفات الإدارية والفنية الإضافية.

**ب/** مقاييس تقييم المؤهلات التقنية والمالية للمترشحين عند الاقتضاء[2] .

**2- مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد (الاستشارة الانتقائية):**

وتلجأ فيها المصلحة المتعاقدة إلى انتقاء أفضل عارض من بين أحسن العارضين الذين سبق تأهيلهم وقبولهم من المصلحة المتعاقدة في ظل المرحلة الأولى، فهذه المرحلة أشبه ما تكون بالمناقصة المحدودة لأن التنافس محصور بين أحسن العارضين الفائزين في مرحلة الانتقاء الأولي.

كما نصت المادة 02/26 من قانون الصفقات العمومية على إمكانية القيام باستشارة مباشرة لدى المؤسسات أو الهيئات المؤهلة والمسجلة في قائمة مفتوحة تقدمها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي وتجدد هذه القائمة في 03 سنوات وهذا من أجل إنجاز عمليات الهندسة المركبة أو ذات الأهمية الخاصة أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري.

وما يؤخذ على كيفية اللجوء إلى هذا الأسلوب، أنه لم يتم التطرق إلى الحالات التي تدفع الإدارة لمثل هذا الإجراء، كما لم يقرر له قانون الصفقات العمومية إجراءات تضبطه، لذا فهو خاضع للإجراءات العامة لأسلوب المناقصة ومنه فإن لجوء الإدارة لأسلوب الاستشارة الانتقائية من أجل اختيار المتعامل المتعاقد بقي محدودا ونادرا ما تلجأ إليه مقارنة بالأشكال الأخرى[3].

ولعل هذا راجع إلى عدم انتشار هذا الأسلوب في التشريعات المقارنة، فقليلة جدا هي التشريعات التي تنص على هذا الشكل من المناقصة، ومنها على سبيل المثال التشريع المغربي الذي اعتمد هذا الإجراء كشكل من أشكال طلب العروض، بتسمية طلب العروض بالانتقاء المسبق حسب المرسوم 2-98/482 الصادر بتاريخ 1998/11/30 [4] .

---

[1]- أنظر: المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 32-250 المؤرخ في 2002/07/24

[2]- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000.

[3]- بن دعاس سهام ، مرجع سابق، ص 15.

[4]- صلاح الدين فوزي، المرجع السابق، ص 275.

كما أن الطبيعة الخاصة لهذه الطريقة بغرض إعطاء قدر من الحرية للإدارة طالما تعلق موضوع الصفقة بعمليات معقدة وذات أهمية خاصة، لذا لا يمكن المشرع حصر حالات اللجوء لهذا الأسلوب بل اكتفى بتقديم وصف فقط مذكور ضمن المادة 34[1].

ورغم الايجابيات التي يمتاز با أسلوب الاستشارة الانتقائية لا سيما أنه يتيح للإدارة حسن اختيار المتعامل المتعاقد، وحصر مجالات إعماله على العمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة وكذا اختصار للآجال بإعمال المنافسة بين مترشحين معروفين تتوفر فيهم معايير الانتقاء ، إلا أن ما يعاب عليه هو حرمان بعض المترشحين والفئات من المشاركة في عملية المنافسة وفقه، مما يؤدي إلى تقييد الدعوة للمنافسة وخلق نوع من الاحتكار لبعض المتقدمين.

**د- المزايدة:** L'adjudication

إذا كانت الصفقات العمومية بمختلف أشكالها سابقة الذكر، ينجر عنها مصاريف ونفقات حسب التعريف العام للصفقة العمومية، فان التعاقد بطريقة المزايدة ينجم عنه تحقيق مداخيل ناتجة عن التعاقد.

و غني عن البيان أن المناقصة عكس المزايدة ، فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء، أما الثانية فترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء، ولكل من النوعين حالات خاصة، رغم أن الأحكام القانونية لكل منها واحدة بل تعتبر المزايدة شكلا من أشكال المناقصة حسب المادة 23 من المرسوم 02-250، على الرغم من الاختلاف الجوهري بينهما في المبادئ العامة للعقود الإدارية، بحيث نجد أن مجال إعمال المناقصة يكون عندما تظهر المصلحة المتعاقدة في وضعية المشتري أو ملزمة بتقديم ثمن معين للتعاقد معها بمناسبة الخدمة المعروضة عليها والأعمال المنجزة لصالحها، فيكون بذلك مجال تطبيق المناقصة في عقود الأشغال العامة أو عقد التوريد والنقل وكذا الخدمات وحتى الدراسات الضخمة والواسعة.

بينما يكون مجال إعمال أسلوب المزايدة غالبا عندما تقوم المصلحة المتعاقدة بتأجير أو بيع جزء من أملاكها، فتظهر بذلك في مركز البائع الذي يبحث على أعلى الأثمان كتأجير البلديات للأسواق الأسبوعية والمحاجر.....، ومنه نخلص إلى أنه في كلا الحالتين ( المناقصة والمزايدة) فإن هدف المصلحة المتعاقدة واحد وهو ضمان التوفير لخزينة الدولة أكبر قدر ممكن من الأموال حين الصرف على تنفيذ العقد في المناقصات أو ضمان الحفاظ على القيمة الحقيقية للمال العام سواء بالبيع أو الإيجار في المزايدات[2].

لكن بالعودة إلى تعريف المزايدة طبقا للمادة 27 من قانون الصفقات العمومية وهي:" المزايدة هي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح **أحسن عرض**، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي، ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين والأجانب المقيمين في الجزائر " فالملاحظ هنا هو اعتماد مبدأ اقتراح أحسن عرض والذي يقابله في النص الفرنسي دائما:

((L'adjudication est la procédure selon laquelle le marché est attribué au soumissionnaire **le moins disant**)).

---

[1]- بوضياف عمار ، مرجع سابق، ص107.

[2]- الجبوري محمود خلف ، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 1988 ، ص 50

و هذا الأمر لا يستقيم مع المنطق القانوني دائما إذ أن المزايدة يكون الاقتراح فيها بأعلى الأثمان، بينما المناقصة تكون بأقل الأثمان ؟

كما نسجل عدم انسجام بين تشريع الصفقات العمومية وتشريع الإدارة المحلية ( قانون البلدية) فإذا كان الأمر67-90 لم يشر بصريح العبارة لأسلوب المزايدة فإن نص المواد 193 و 194 من قانون البلدية أشارت لأسلوب المزايدة [1] .

لذا فإن عدم الانسجام هذا خلف نوعا من الغموض في التطبيق بالنسبة لأسلوب المزايدة، حيث أنه كان من الأحرى أن يتكفل قانون الصفقات وحده دون غيره تنظيم قواعد الصفقات العمومية بمختلف أنواعها وأشكالها وتبقى مهمة تشريع الإدارة المحلية هي الإحالة لتشريع أو تنظيم الصفقات ولا عيب أن يخص تشريع أو تنظيم الصفقات عقود الإدارة المحلية بأحكام خاصة ومميزة[2].

ومع أن إجراء المزايدة بدأ يندر استعماله شيئا فشيئا ويتعلق أساسا بالعمليات البسيطة من النمط العادي أي بشراء حاجيات أو أداء خدمات بسيطة ومحددة جيدا، إلا أنه يمتاز بسرعة إجرائه، لكونه يقوم أساسا على المعيار الاقتصادي[3]، كما يجب هنا إعادة توضيح هذا المفهوم أكثر بالنسبة لأسلوب المناقصة.

**هـ - المسابقة**: Le concours

إن نظام المسابقة في التشريع الجزائري قديم و قد تم ذكره في الأمر 67-90 في المواد 54 إلى 59 تحت تسمية " المباراة" كما تناوله المرسوم 82-145 أيضا في المادة 34 وأعطاه تعريفا دقيقا وهو " المسابقة هي إجراء يجعل رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشمل على مظاهر تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة ".

وهذا التعريف ذاته في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 في نص مادته 30 وكذلك تبناه المرسوم الرئاسي رقم 02-250 في نص المادة 28 منه، وبذلك نجد أن النص خول للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى هذا الأسلوب إذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو مالية أو جمالية استوجبت القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد، كأن ترغب الإدارة في الحصول على تصميمات هندسية وعمرانية لبناء أحياء سكنية في منطقة ما أو الاستفادة من الطاقة الشمسية في استخراج المياه الجوفية....

ويتعلق هذا النمط من المنافسة بأشياء لا يمكن تحديدها مسبقا بمواصفات دقيقة، ويهدف إلى قيام الإدارة بتحديد احتياجاتا التي ترغب في تحقيقها ويتولى الموردون والمقاولون أنفسهم عملية اقتراح التعريف الدقيق بطبيعة هذه الاحتياجات التي ترغب الإدارة في إشباعها[4].

وما يؤخذ على تعريف المادة 28 لأسلوب المسابقة هو قصرها فقط على رجال الفن أي الأشخاص الطبيعيين دون سواهم مما يمس بأهم مبدأ ألا و هو حرية المنافسة العامة والمساواة بين المتعاملين المتقدمين للطلبية العمومية، كما أن

[1]- تنص المادة 193 من قانون البلدية لسنة 1967 على ما يلي: " يدعى القابض البلدي لحضور جميع المناقصات والمزايدات" وجاء في المادة 194 من نفس القانون: " عندما تجري السلطة المكلفة بتسيير مؤسسة عمومية مناقصة أو مزايدة...".

[2]- بوضياف عمار ، مرجع سبق ذكره ، ص 110.

[3] - SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed , Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel 2000, p 80

[4]- محمد أحمد عبد النعيم ، مرجع سابق ، ص 17.

هذا المفهوم يتعارض مع مقتضيات مواد كثيرة من المرسوم الرئاسي نفسه، فهذه المادة 23 اعتبرت المسابقة شكلا من أشكال المناقصة والدعوة للمنافسة، وهذه الأخيرة تعني فسح المجال للعارضين لتقديم عروضهم وهذا ما قضت به المادة 24 من المرسوم الرئاسي المذكور[1].

كذلك نجد المادة 16 من نفس المرسوم والتي جاءت بعنوان المتعاملون المتعاقدون، بينت أن المتعامل المتعاقد قد يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين، ووسعت المادة 17 من المرسوم الرئاسي مجال المنافسة فقضت بإمكانية التعاقد مع الطرف الأجنبي، لذلك كان أفضل لو جاء النص بالصيغة التالية :" المسابقة هي إجراء يضع الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين في منافسة....." [2].

و عليه فان أسلوب المناقصة بمختلف أشكالها كما وردت في قانون الصفقات العمومية كقاعدة عامة أساسية للتعاقد، جاءت من أجل تقييد حرية الإدارة العمومية في اختيار الطرف المتعاقد وهذا لعدة عوامل وأسباب تتلخص فيما يلي:

1- المحافظة على المال العام بواسطة المناقصة هو ضمان عدم إهدار الأموال العمومية نظرا لخصوصياتا الكثيرة التي أشرنا إليها سابقا.

2- اختيار الأطراف الأكثر كفاءة والحد من تعسف الإدارة وتجاوز سلطتها من خلال ضبط أشكال وأنواع المناقصات الواجب إتباعها في تعيين المتعامل المتعاقد وفقا للشروط التي يفرضها القانون وتحددها الحاجة إلى التعاقد.

إن فرض هذه القيود كضمانات تصب جميعا في تكريس حرية المنافسة العامة التي أقرها قانون الصفقات العمومية ومختلف القوانين التي تحمي حقوق المترشحين للصفقة من خلال النص على عدة أحكام تعاقب الأشخاص بفعل المساس بأهم مبادئ إبرام الصفقات العمومية، كما هو الحال بالنسبة لقانون مكافحة الفساد الذي يعتبر من أكبر الضمانات القانونية في هذا الإطار.

**الفرع الثاني: أسلوب التراضي كاستثناء**

تبين لنا من خلال ما تم دراسته من أحكام المناقصة أن هذا الأسلوب هو القاعدة العامة بما يكفل به حق المشاركة لكل المترشحين، كما قيد جهة الإدارة بجملة من الإجراءات سبق بيانا تؤدي في مجملها لفقد الإدارة حريتها في اختيار المتعاقد معها لأسباب موضوعية و يأتي على رأسها ترشيد النفقات العمومية وإبعادها عن المعاملات المشبوهة وتفضيل عارض عن عارض آخر، على الرغم من أن قانون الصفقات العمومية بنصه على عدة أشكال للمناقصة( طلب العروض) قد أتاح للإدارة هامشا معتبرا في حرية اختيار الطرف المتعاقد، وهذا ما دفع أيضا بالمشرع إلى الاعتراف بنوع من الحرية في اختيار المتعاقد في حالات وظروف معينة لا تكون فيها المناقصة مجدية وهو ما يعرف إصطلاحا بأسلوب التراضي ((le gré à gré)).

**1- تعريف التراضي:**

---

1- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 111.

2- المرجع نفسه ، ص 112.

يعد هذا الأسلوب إحدى طرق إبرام الصفقات العمومية، وهو أسلوب معروف في التشريعات المقارنة، ففي مصر يعرف بالإتفاق أو الأمر المباشر.

أما في فرنسا فقد ظل مصطلح التراضي ((le gré à gré)) متداولا إلى غاية صدور مرسوم 1976/01/21، بحيث تم استبداله بمصطلح التعاقد بناءا على مفاوضة ((les marchés négociés )).

ويعرف التراضي بأنه ذلك الأسلوب الاستثنائي في التعاقد الذي تقوم به السلطة المختصة دون التقيد بشكليات المناقصة، وذلك في إطار من المناقشة المفتوحة مع المترشحين للتعاقد، مع الاحتفاظ بحرية كاملة في اختيار المتعاقد المناسب بشرط الالتزام بالقواعد المنظمة لهذا الأسلوب[1].

وقد اعتبر أسلوب التراضي قاعدة في التعاقد ضمن المرسوم 82-145 بخلاف الأمر رقم 67-90 حيث كان إجراء التراضي هو آخر الكيفيات المذكورة في إجراءات الصفقات العمومية.

وقد نظم أسلوب التراضي منذ صدور الأمر 67-90 الذي أفادت المادة 06 منه بأنه:" تسمى الصفقات بالتراضي تلك التي تتنافس فيها الإدارة بحرية مع المقاولين أو الموردين الذين تقرر التشاور معهم ومنح الصفقة لمن تختار منهم" وكذلك نص عليه المرسوم 82-145 في المادتين 43و 26 منه، مع الملاحظة أنه تحددت معالم هذا الأسلوب تدريجيا مع صدور المرسوم التنفيذي رقم 91-434 والتعديلات المدخلة عليه لا سيما المرسوم التنفيذي رقم 96-54 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 98-87 الذي جاء في المادة 24 منه بأن:" التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة، ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة".

و قد إحتفظ المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بذه الأحكام مع بعض الخصوصية، إذ نصت المادة 20 منه على أنه: " تبرم الصفقات العمومية تبعا لإجراء المناقصة التي تعتبر القاعدة العامة أو الإجراء بالتراضي".

و قد عرفته المادة 22 من نفس المرسوم على أنه: " التراضي إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة.

يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة ".

وعلى ذلك فإن المصلحة المتعاقدة عند اختيارها للمتعامل المتعاقد معها وفقا لهذا الأسلوب تتحرر من القيود الشكلية والإجرائية المفروضة على أسلوب المناقصة، ولعل هذه الخاصية التي يمتاز هذا الأسلوب هو ما جعل التشريعات المقارنة لا تولي عناية بالغة لضبط إجراءات هذا النوع من الصفقات، كما هو الشأن في المناقصات والمزايدات وطلب العروض، ولم تضع قيودا تلزم الإدارة با عند إعماله، بل ترك لها أمر التفاوض مع الطرف الذي تختاره وبطريق مباشر لا يحتاج إلى شكليات محددة.

وبناءا عليه فإن دراسة أسلوب التراضي ستكون من خلال التعرض لأشكاله ولمراحل إبرام صفقاته، للوقوف على حدود الحرية الممنوحة للمصلحة المتعاقدة في استعمالها لهذه الطريقة التي تمس مباشرة بمبدأ المنافسة العامة خلافا

[1]- محمد أحمد عبد النعيم ، مرجع سابق ، ص 19 وكذا عوابدي عمار ، مرجع سابق ، ص 209.

لأسلوب المناقصة، بمعنى هل تملك المصلحة المتعاقدة سلطة تقديرية مطلقة في اختيار المتعامل المتعاقد بواسطة أسلوب التراضي ؟ أم أن حصر حالات اللجوء إليه تقييد لهذه الحرية؟

2- **أشكال التراضي**:

رغم أن أسلوب التراضي معروف في النظام القانوني للصفقات العمومية منذ صدور الأمر 67-90، إلا أنه لم يفصل إلى أشكال إلا بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 الذي قسمه كما سبقت الإشارة إليه إلى نوعين وهما:

**أ-** التراضي البسيط: Le gré à gré simple

**ب-** التراضي بعد الاستشارة: Le gré à gré après consultation

وهو التقسيم الذي أورده التنظيم الجديد للصفقات العمومية بحيث أفادت المادة 02/22 منه على أنه يمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو التراضي بعد الاستشارة.

كما حدد المرسوم الرئاسي رقم 02-250 حالات إعمال كل شكل من أشكال أسلوب التراضي بدقة، حيث أصبحت كيفية التراضي أكثر وضوحا وتحديدا من القوانين السابقة، وبذلك يكون المرسوم الرئاسي 02-250 قد تفادى كل العيوب التي تضمنتها القوانين السابقة له بالنسبة لهذه الكيفية، وما يمكن التذكير به كذلك في هذا الصدد هو أن اختيار كيفية إبرام الصفقات العمومية يندرج ضمن اختصاصات المصلحة المتعاقدة طبقا للمادة 35 من قانون الصفقات العمومية[1] ،وهذا دون أن ننسى بأن هذا النوع من الصفقات يستدعي مراقبة صارمة لأن حرية التعاقد قد تؤدي في بعض الأحيان إلى اختيار معين على حساب المصلحة العامة، ولهذا فقد حددت بعض القوانين الحالات التي يمكن على أساسها اللجوء إلى هذه الطريقة[2].

**أ- التراضي البسيط**:

نصت المادة 22 في الفقرة الأخيرة منها على أن: " إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 37 من هذا المرسوم ".

ومنه يتضح بأن التراضي البسيط هو أسلوب مرن تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة بكل حرية ودون استعمال إجراءات وشكليات المنافسة ولا حتى الاستشارة المسبقة وإنما يتم الاتفاق بين طرفي الصفقة بشكل مباشر وبذلك فهي محررة من قيود الرقابة الذاتية.

غير أن إطلاق يد الإدارة في اختيار المتعاقد معها وتمكينها من حق الاختيار، يفرض تقييدها بحالات اللجوء للتراضي البسيط، وفعلا قيدها نص المادة 37 بحالات وهي:

**أولا/ الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد**:

عندما لا يمكن تنفيذ موضوع الصفقة إلا على يد متعامل وحيد يحتكر هذا النشاط أو انفرد بامتلاك قدرات تكنولوجية التي اختارتا الإدارة صاحب الصفقة[3].

---

[1]- قدوج حمامة ، المرجع السابق ص 149.

[2]- لباد ناصر ، المرجع السابق ص 435.

[3]- أنظر: المادة 61 من الأمر 67-90، والمادة 44 من المرسوم 82-145 والمادة 40 من المرسوم التنفيذي 91-434

**ثانيا/ الاستعجال الملح:**

وهي حالة تبرر وتسمح للمصلحة المتعاقدة بإبرام الصفقات بطريق التراضي البسيط شريطة أن تكون حالة الاستعجال معللة بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار تجسد وحصل في الميدان وأن إتباع أسلوب المناقصة لا يسمح بتغطية حالة الاستعجال لتعقد إجراءاته واستغراقها وقتا.

و هذا على أن تكون حالة الاستعجال غير متوقعة أي مرتبطة بفكرة الظروف الطارئة، وهنا تتفاوض مباشرة مع المتعامل المتعاقد لأنه الأنسب لتغطية هذا الخطر الداهم، وعلى المصلحة المتعاقدة تبيان حالة الضرورة والاستعجال، وتقديم التبرير الكافي لإتباعها هذه الطريقة، لذا نجد نص المادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 ينص على أن لا يكون لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الطريق نتيجة ممارسة إحتيالية من طرفها، فالتنظيم القانوني للصفقات العمومية حذر من ذلك وللقاضي الإداري هنا سلطة تقديرية لتحديد حالة الاستعجال وبحث مدى توافرها.

ومن ثم فإن المصلحة المتعاقدة ليست حرة في اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط بتبرير حالة الاستعجال، لذا يجب عليها إثباته، خاصة في ظل غياب تحديد وضبط حالاته.

وتطبيقا لهذه الحالة فقد قرر مجلس الوزراء المنعقد بتاريخ 2003/12/28 تخفيف إجراءات إبرام الصفقات باعتماد صيغة التراضي طبقا للمادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 وذلك لتحقيق البرنامج الذي يهدف إلى إنجاز 20000 سكن اجتماعي لفائدة منكوبي زلزال ولايتي بومرداس والجزائر.

**ثالثا/ حالة التموين المستعجل:**

ليست هذه الحالة منفردة أو مستقلة عن الحالة السابقة لأنها هي الأخرى تدخل ضمن الحالة المستعجلة، غير أن وجه الإختلاف فيها يكمن في موضوع العقد ،كونه يتعلق بالتموين لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية، وهذا إما لتزويد السوق بمادة ضرورية للاقتصاد أصبحت نادرة ، ونقصها يؤثر في أسعاره ويحتم الوضع الاقتصادي والمعيشي توفرها، أو لتوفير الحاجات الأساسية للسكان وهذه الأخيرة متعددة ومتغيرة من منطقة لأخرى، وعدم حصرها من قبل التنظيم يفتح باب التحايل أمام المصلحة المتعاقدة في اللجوء إلى أسلوب التراضي البسيط وتعليل ذلك وتسببيه بتوافر حالة التموين المستعجل والتي تبقى فضفاضة تحتاج للضبط.

**رابعا/ الحالة المتعلقة بمشروع ذي أولوية وأهمية وطنية:**

لاشك في أن الطابع الخاص لهذا المشروع سيخلف أثرا ايجابيا عاما يمس كل إقليم الدولة، طالما وصفت الفقرة الأخيرة من المادة 37 المشروع بأن له أهمية وطنية، ومن المؤكد أيضا أن الأعباء المالية الناتجة عن إبرام هذا العقد دون سواه من العقود ستكون ضخمة جدا، لذا تشدد النص في فرض موافقة مسبقة لمجلس الوزراء.

وتأسيسا على ما تقدم نستنتج أن هذه الحالات فرضتها الضرورة لذا وجب التغاضي عن الجزاءات الشكلية لتمكين الإدارة من اختيار المتعاقد معها وتنفيذ موضوع العقد في زمن معقول ويبقى أنها مقيدة بالحالات الواردة في نص

المادة 37 من المرسوم الرئاسي 02-250 على سبيل الحصر [1] ، حيث لا يجوز القياس عليها أو الربط بين حالة و أخرى مماثلة لها في الوصف أو السبب أو الحالة [2].

**ب- التراضي بعد الاستشارة:**

وهو الإجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب إستشارة بسيطة محدودة بواسطة وسائل مكتوبة مخصصة و مهيأة لذلك دون الشكليات الأخرى[3].

و منه فإن إجراء التراضي بعد الاستشارة لا يخرج عن كونه أسلوب مرن تلجأ فيه المصلحة المتعاقدة إلى التعاقد إداريا، إذ تتحرر من قيود الإجراءات و الشكليات الواجبة الإتباع في أسلوب المناقصة، فهي تجد في هذا الطريق الحرية و المرونة الكافية في اختيار المتعاقد معها.

و إذا كانت الإدارة المتعاقدة في التراضي البسيط تلجأ لإبرام الصفقة عن طريق التفاوض المباشر فإننا في هذا الأسلوب يجب عليها استنفاذ و إتباع طريق الاستشارة و قيد التنظيم الأخير للصفقات العمومية على خلاف التنظيم السابق اللجوء إلى التراضي بعد الاستشارة بتوافر إحدى حالات المادة 38 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بالمادة 09 من المرسوم الرئاسي 08-338 وهي كالآتي:

**أولا/ حالة عدم جدوى اللجوء إلى الدعوة للمنافسة:**

وهنا تكون الإدارة على دراية سلفا بالمعنيين بالخدمة أو المشروع ويفترض هنا أن عددهم قليل، حيث أننا لا تلجأ لطريقة التراضي بعد الاستشارة إلا بعد اللجوء إلى أسلوب المناقصة أو المنافسة إجمالا، إلا أن إعمال هذا الأخير كان غير مثمر ومنه لم يحقق النتائج المرجوة منه إما لعدم تقدم أي عرض أو كانت العروض المستلمة بعد إجراء تقييمها غير مطابقة للشروط المطلوبة والمحددة في دفتر شروط الصفقة ، أو عدم بلوغ العروض حد التأهيل الأولي و التقني .

**ثانيا/ حالة صفقات الدراسات و اللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى مناقصة:**

إن الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، إلا أن المشرع لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها، حيث أن مصطلح " الخاصة" أضفى عليها نوعا من الغموض وهو ما يؤخذ على تنظيم الصفقات العمومية في هذا الصدد.

**ثالثا/ حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات الوطنية السيادية في الدولة :**

اقتصرت هذه الحالة على الصفقات المنصبة على تنفيذ الأشغال التابعة للمؤسسات ذات البعد الوطني و السيادي دون غيرها من الهيئات الأخرى ، دون تبيان أو تعداد لهذه المؤسسات .

وأشارت المادة 38 المعدلة و المتممة إلى أنه تحدد قائمة الدراسات و الخدمات واللوازم و الأشغال بموجب قرار وزاري مشترك بين وزير المالية والوزير المعني أو سلطة المؤسسة الوطنية السيادية المعنية، ومن ثم فإن إعمال هذا الأسلوب

---

[1]- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 139.

[2]- تم حذف حالة الرابطة التكنولوجية في المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 من الذكر في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 و الاكتفاء بأربعة حالات فقط.

[3] - SABRI Mohamed – AOUDIA Khaled – LALLEM Mohamed, op-cit, p 83.

مقيد بالعودة إلى القائمة المذكورة، فهذه الأخيرة والمعدة مسبقا تقيد من حرية الإدارة، إذ لا يجوز لها التعاقد في دراسات و لوازم و أشغال وخدمات أخرى لم تحددها هذه القائمة.

**رابعا / حالة العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات:**

تم النص على هذه الحالة بموجب المادة 09 من المرسوم الرئاسي 08-338 المعدلة لنص المادة 38 من المرسوم الرئاسي 02-250، بحيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتيازية على ذلك.

و قد نص التنظيم القانوني للصفقات العمومية على إمكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الاتفاقيات الثنائية و مؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى.

وما يؤخذ أيضا على هذه الحالة هو أنا وردت مشوبة بالغموض فهي لم تحدد المقصود من التمويلات الامتيازية ولم تبين الكيفية التي يتم بموجبها تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، فالسؤال المطروح هو كيف يتم تحويل ذلك إلى صفقات عمومية ؟ وما هي الحالات التي تخصص لها ؟

ذلك أن عدم توضيح المشرع لهذه الحالات بتبيان وضبط أوضاع إعمالها يوفر للمصلحة المتعاقدة جوا للتحايل على تطبيق قانون الصفقات العمومية وهو ما من شأنه أن يقضي على الطابع الاستثنائي للتراضي بعد الاستشارة كأسلوب ثاني لاختيار المتعامل المتعاقد.

و من خلال ما سبق عرضه فإن اختيار المصلحة المتعاقدة للتعاقد بواسطة أسلوب التراضي يتيح لها انجاز المشاريع في وقت قصير مقارنة بأسلوب المناقصة لما يمتاز به من السرعة و البساطة في كيفية الإبرام ، لكن ما يؤخذ على إعمال هذا الأسلوب في التعاقد ما يلي :

- الحد كثيرا من المنافسة لا سيما في التراضي البسيط و هو ما يحرم الإدارة من المقارنة بين العروض و بالتالي اختيار أفضلها.

- غياب ضوابط تحدد طريقة الإبرام وفقا لهذا الأسلوب مما يؤدي إلى اختيار المتعامل المتعاقد بناء على أسس ذاتية و اعتبارات شخصية و هو ما يفتح باب التحايل و التلاعب في عملية التعاقد.

- تضييق مساحة الرقابة القبلية على صفقات المصلحة المتعاقدة بالاعتماد على أسلوب التراضي.

و مع ذلك لا يمكن لهذه النقائص أن تقلل من أهمية التراضي ، على أساس أنه كثيرا ما يعتبر هو الأسلوب الملائم و الأنجع لإتمام عملية التعاقد لا سيما في الحالات التي تتسم بطابع الاستعجال و لعل هذا هو سبب اعتبار المشرع هذا الأسلوب طريقا استثنائيا لإبرام الصفقات العمومية.

## المطلب الثاني: حدود مبدأ حرية الوصول للصفقة والمساواة بين المترشحين

يقصد بمبدأ حرية الوصول للطلبية العمومية في النظام القانوني للصفقات العمومية أن يكون الترشح لنيل الصفقة حرا غير مقيد ويتوجب على السلطة المتعاقدة خلق جو من المنافسة بين المتقدمين للصفقة حيث لا يجوز لها إقصاء مترشحين على أساس شروط أو اعتبارات غير منصوص عليها في قانون الصفقات العمومية[1].

كما يهدف هذا المبدأ أيضا منع إقصاء المترشحين الذين تستوفي فيهم الشروط المفروضة قانونا لأجل إجراء إستشارة، إضافة إلى أن هذه الشروط لا يمكن أن تخرج عن إطار تلك المحددة في موضوع العقد.

أما مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المترشحين، فهو يلتقي أيضا مع المبادئ السابقة ونقصد بها المنافسة العامة وحرية الوصول إلى الصفقة، ويقصد به في إطار قانون الصفقات العمومية بأن يعامل جميع المترشحين والمشتركين معاملة متساوية قانونا وفعلا حيث أنه لا يجوز مثلا قبول طلب أو عدة طلبات بدون وجود تأمين بينما يلزم الباقون بإرفاق طلباتهم بتأمين[2].

كما أنه طبقا لهذا المبدأ لا يجوز السماح لأحد المتنافسين بالإطلاع على ملف المناقصة دون بقية المتنافسين، وبالمقابل لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بمفاوضات ومساومات مع أحد المتنافسين في أي أمر من الأمور التي تتعلق بالمناقصات العامة أو بشروط التعاقد، والقضاء الإداري الذي قرر هذا المبدأ يحرص دائما على ضرورة إحترامه.

ورغم تعدد أشكال وأنواع الصفقات العمومية واختلافها إلا أنها تقوم جميعها على هذه المبادئ العامة المتمثلة في حرية الترشح والمساواة بين المتنافسين، فإحداثا وتطبيقا لهذه المبادئ بين العارضين، وضع المشرع إجراءات خاصة لإبرام الصفقة العمومية لأنه من المقرر أن المتعاقد مع الإدارة لا يمكن أن يتم اختياره إلا بإعمال إجراءات محددة بموجب تنظيم قانوني[3].

و إذا كانت هذه الإجراءات تقيد و تحد من حرية اختيار المصلحة المتعاقدة للطرف المتعاقد معها، فهل بالمقابل كرست المبادئ التي تقوم عليها عملية إبرام الصفقة العمومية ؟ و ما هي حدود تطبيق مبدأ حرية الوصول للطلبية العمومية وكذا المساواة بين المترشحين ؟ و ما هي الضمانات المقررة لتكريس هذين المبدأين ؟

### الفرع الأول: سلطة الإدارة في تحديد معايير اختيار المترشحين

إن الجدير بالذكر أن المصلحة المتعاقدة تتقيد بمبدأ المساواة بين المترشحين للصفقة بصرف النظر عن أية اعتبارات قد تعوق التحاقهم أو تقدمهم لنيل المشاريع أو الخدمات أو الدراسات التي يرغبون في المساهمة في إنجازها، بمعنى أنه من يملك قانونا التقدم إلى الصفقة، الحق في الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقي المتنافسين و ليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بين المتنافسين[4].

---

[1] - LAJOYE (Ch), op.cit, p 47.

[2]- عوابدي عمار ، مرجع سابق، ص 205.

[3] - BENOIT Paul , <u>le droit administratif français</u> , Dalloz paris , 1968 , p 609.

[4]- الطماوي سليمان محمد ، العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 250.

و تطبيقا لهذا المبدأ فإن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع أن تعفي بعض الأشخاص من بعض الالتزامات الواردة في دفتر الشروط دون البعض الآخر، فيجب عليها التقيد بذه الالتزامات و الشروط وتطبيقها على الجميع ، لكن قد يحدث و أن تتدخل الإدارة باعتبارها سلطة متعاقدة وصاحبة المصلحة في اختيار المتعامل المتعاقد معها، بحيث تضع معاييرا و شروطا لتأهيل المتنافسين، كما يحق لها حرمان بعضهم من الحصول على الصفقة و هذا في حالات معينة.

**1- حق الاستعلام و الإطلاع المخول للإدارة المتعاقدة:**

إذا كانت المصلحة المتعاقدة عند إعلانا عن إجراء صفقة عمومية مقيدة بإتباع أسلوب معين، حيث تحترم فيه المبادئ و الأسس التي يقوم عليها كل أسلوب سواء المناقصة أو التراضي، فإنه قد تم الاعتراف لها بحق التأكد من قدرات المتعهدين و مواصفاتم المرجعية حتى يكون اختيارها لهم سديدا.

و تطبيقا لأحكام المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي تفيد بوجوب تخصيص المصلحة المتعاقدة الصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنا قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة، لهذا الغرض يمكن إستعمال أية وسيلة قانونية، لا سيما الاستعلام لدى مصالح متعاقدة أخرى سبق التعامل معها، و لدى البنوك و الممثليات الجزائرية في الخارج، لذا تمسك بطاقية وطنية للمتعاملين و بطاقيات قطاعية على مستوى كل مصلحة متعاقدة و تحين بانتظام، أما محتوى هذه البطاقيات و شروط تحيينها فتحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية[1].

**2- حق الإدارة** في **حرمان بعض الأشخاص:**

تتمتع المصلحة المتعاقدة بقدر من الحرية في ممارسة حق حرمان بعض الأشخاص من التقدم للصفقة العمومية أو في ممارسة حق استبعاد عروضهم و هذا يمس بشكل واضح بمبدأ المساواة و الحرية في الوصول للطلبية العمومية.

و قد يكون هذا المنع و الحرمان كجزاء بسبب التنفيذ المعيب لالتزام سابق و هو ما يعرف بالحرمان الجزائي[2].

كما يمكن أن يكون كإجراء وقائي لتهيئة الجو الصالح للمنافسة تتخذه الإدارة مراعاة منها لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة و يطلق عليه الحرمان الوقائي[3].

و في كلتا الحالتين فإن المصلحة المتعاقدة و هي تمارس هذا الحق تخضع لرقابة القضاء، لأنه يضيق كثيرا من دائرة حق الإدارة في إصدار قرارات الحرمان التي تعود لسلطتها التقديرية، إذ لا يسمح باستعماله إلا لأسباب جدية و غالبا ما تحدد في دفاتر الشروط.

كما أنه في هذا الإطار يجب التذكير أنه بمقتضى أحكام المواد 46 و 47 من قانون الصفقات العمومية، فإن صلاحية اختيار المتعامل المتعاقد هي من اختصاص الإدارة المتعاقدة التي يعود إليها باحترام المعايير المنصوص عليها قانونا في دفاتر الشروط الخاصة بالمناقصة ، بحيث يجب أن يستند هذا الاختيار على الخصوص إلى ما يأتي:

- الأصل الجزائري أو الأجنبي للمنتوج
- الضمانات التقنية و المالية
- السعر و النوعية و آجال التنفيذ.

---

[1]- أنظر: المادتين 33 و 34 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[2]- الفياض إبراهيم طه، العقود الإدارية، مكتبة الفلاح، الكويت 1981، ص102

[3]- المرجع نفسه ، ص105

- التكامل مع الاقتصاد الوطني و أهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانويا في السوق الجزائرية.
- شروط التمويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية و الضمانات التجارية و شروط دعم المنتوجات ( الخدمة بعد البيع و الصيانة و التكوين ).
- اختيار مكاتب الدراسات، بعد المنافسة الذي يجب أن يستند أساسا إلى الطابع التقني للاقتراحات.

و يمكن أن تؤخذ اعتبارات أخرى في الحسبان بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة، هذه الأخيرة تعد وفقا للمادة 08 من المرسوم رقم 02-250 عناصر مكونة للصفقات العمومية ومنه تتاح مرة أخرى للإدارة فرصة تحديد المعايير التي تراها مناسبة في اختيار و تأهيل المترشحين مما يعطيها دائرة واسعة و صلاحيات أوسع في وضع المعايير الموافقة لموضوع الصفقة و الاحتياجات المتضمنة فيها.

وقد تم إدراج تعديل جديد يخص بعض الشروط المستحدثة من طرف المصلحة المتعاقدة في المادة 50 من قانون الصفقات العمومية وهذا التعديل ورد في المادة 14 من الرسوم الرئاسي 08-338 حيث أضيفت الشروط التالية :

- بنود العمل التي تكفل إحترام تشريع العمل ؛
- البنود المتعلقة بحماية البيئة ؛
- البنود المتعلقة باستعمال اليد العاملة المحلية.

إن هذه الشروط الإضافية الواجب توافرها في كل متعامل متعاقد من شأنا أن تعرقل تقدم هؤلاء للحصول على الصفقة و هو ما يؤدي إلى تضخم حجم الملف المطلوب في الترشح للصفقة العمومية.

**<u>الفرع الثاني</u>: استثناءات بخصوص مبدأ المساواة**

ترد على مبدأ المساواة بين المترشحين للصفقة العمومية جملة من الاستثناءات و القيود يمكن إجمالها في ما يلي:

1. **طبيعة الصفقة:**

باعتبار أن أسلوب المناقصة يتضمن عدة أشكال، ومنها ما تحتم طبيعته الخاصة أن يقتصر الاشتراك فيه على أفراد معينين دون غيرهم، كالمزايدة مثلا نجدها خاصة بالمترشحين الوطنيين دون الأجانب، و المناقصة المحدودة مقصورة على أفراد معينين في حين نجد أن الاستشارة الانتقائية تعد حكرا على المتأهلين في الانتقاء الأولي.

أما في أسلوب التراضي، فنجد أن المصلحة المتعاقدة حرة في اختيار المتعامل المتعاقد دون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية للمنافسة و هذا بواسطة الاتفاق المباشر مما يؤدي إلى إقصاء الكثير من المتنافسين لنيل الصفقة عن طريق أسلوب التراضي، رغم أن شكل التراضي بعد الاستشارة يعتبر الأقرب إلى تحقيق مبدأ المساواة مقارنة بأسلوب التراضي البسيط.

2. **بنص القانون:**

هناك فئات ممنوعة من المشاركة في الصفقات العمومية، فعلى سبيل المثال:

- أفادت المادة 62 من الأمر رقم 96-31 المؤرخ في 1996/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 بأنه يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية لمدة 10 سنوات كل شخص حكم عليه بمقرر قضائي نهائي يثبت تورطه في الغش الجبائي، و تطبيقا لذلك يجب أن يتضمن ملف العروض المنصوص عليه بنص المادة 45 من قانون الصفقات العمومية

تقديم صحيفة السوابق العدلية إذا تعلق الأمر بشخص طبيعي و للمسير أو المدير العام للمؤسسة إذا تعلق الأمر بالشخص المعنوي.

- كما نص الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 1996/07/09 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 2003/02/19، في مادته 05 على أنه تطبق على الشخص المعنوي الذي ارتكب هذه المخالفات : ".. وفضلا على ذلك يمكن للجهة القضائية أن تصدر ولمدة لا تتجاوز 05 خمس سنوات إحدى العقوبات التالية:

- المنع من مزاولة عمليات التجارة الخارجية
- **المنع من عقد صفقات عمومية...**"

وبالتالي يمنع من المشاركة في الصفقات العمومية كل شخص معنوي قام بارتكاب مخالفة أو محاولة مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ، المحدد بنص المواد 1 و 2 من الأمر السالف الذكر كمخالفة التصريح الكاذب ، مخالفة عدم الحصول على الترخيصات المطلوبة أو المشروطة[1].

- و جاء في الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب ضمن أحكام المادة 19 منه أنه: " في حالة الإدانة من أجل إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا الأمر ، يعاقب الجاني وجوبا بعقوبة تكميلية أو أكثر من العقوبات الآتية :

- **الإقصاء من الصفقات العمومية ...**"

- وتضمن القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة في المادة 5 منه على أنه:" تحظر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة أو الضمنية عندما تدف أو يمكن أن تدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه ، لاسيما عندما ترمي إلى :...

- **السماح بمنح الصفقات العمومية لفائدة أصحاب هذه الممارسات المقيدة** ."les pratiques restrictives".

كما نصت المادة 03 فقرة 02 من دفتر الشروط الإدارية العامة (CCAG) الخاص بصفقات الأشغال العامة لسنة 1964، على أنه يجب على الأشخاص والشركات الذين هم في حالة تسوية قضائية أن يحصلوا على ترخيص مسبق من الإدارة ليتمكنوا من تقديم العروض وبناءا على ذلك فإن الشخص الذي تم إشهار إفلاسه وفقا لأحكام القانون التجاري لا يجوز له أن يتقدم لإبرام عقد الأشغال العامة طبقا لمبدأ حرية المنافسة[2]،وهذا ما أفادت به المادة 12 من الأمر رقم 67-90 بقولها " لا يقبل بالمشاركة في الصفقات الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين في حالة إفلاس، ولا تمنح لهم أية صفقة عمومية، ويجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين المقبولين في التسوية القضائية أن يثبتوا بأنم مؤهلون للاستمرار في نشاطهم وأنم قد تلقوا إذنا خاصا بالمشاركة من الشخص المسؤول عن الصفقات".

3. **العاملون بالإدارة:**

[1]- تم تعديل هذه المواد ضمن الأمر 03-01 المؤرخ في 2003/02/19 المعدل والمتمم للأمر رقم 96-22 وفقا لأحكام المادة 02 منه (ج ر رقم 12) ص 14.

[2]- قريشي أنيسة سعاد ، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001-2002 ، ص 81.

هناك بعض التشريعات – التشريع المصري مثلا- من تحظر على العاملين بالجهات الإدارية التي تسري عليها أحكام قانون الصفقات العمومية، التقدم بالذات أو الواسطة بعطاءات أو عروض تلك الجهات، كما لا يجوز شراء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال ولا يسري ذلك على شراء كتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية أو شراء أعمال فنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية[1].

4. **هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوج ذي الأصل الجزائري**:

أفادت المادة 19 من قانون الصفقات العمومية على أنه يمنح هامش أفضلية لا يفوق 15% للمنتوج ذي الأصل الجزائري في جميع أنواع الصفقات، وهذا رغم أن المشرع أراد من خلال المرسوم الرئاسي 02-250 تكريس مبدأ المساواة بين المتعاملين الوطنيين والأجانب خلافا للمرسوم رقم 82-145 الذي أعطى الأولوية للمتعامل الوطني على حساب المتعامل الاجنبي[2].

ويجب أن يحدد ملف الصفقة بوضوح الأفضلية الممنوحة والطريقة المتبعة لتقييم ومقارنة العروض لتطبيق هذه الأفضلية على أن تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذا النص بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالتجارة والسد فعليا[3].

وتجدر الإشارة أنه في حالة اختيار المتعاملين الأجانب للتعاقد مع الإدارة ، يحظى بالأسبقية من يقدم منهم أوسع الضمانات، سواء كانت الضمانات ذات صبغة حكومية أو الضمانات الملائمة لحسن تنفيذ وكذا لأهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانويا في السوق الجزائرية.

وقد أوضحت المادة 81 من قانون الصفقات العمومية الضمانات ذات الصبغة الحكومية وأجملتها في :

- الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة.
- الضمانات الحكومية التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

علما أن الجزائر تفضل هذا النوع من الضمان في مختلف عقودها حيث تمنح الصفقات إلى المؤسسات التي تقدم ضمانا من دولتها أما في حالة عدم وجود هذا الضمان فتولي منحها للشركات التي تقدم ضمان حسن التنفيذ[4].

والضمانات الملائمة لحسن التنفيذ، لاسيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص وهذا ما أفادت به المادة 82 من قانون الصفقات العمومية.

وتجب الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة يمكنها إسناد إنجاز مشروع الصفقة الواحدة في حصة موحدة أو حصص منفصلة إلى عدة متعاملين بحيث يختص كل واحد منهم بإنجاز قسم من المشروع، وهذا إذا اقتضت مصلحة العملية ذلك

---

[1]- زيدان علي الدين – محمد السيد أحمد ، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ص 405.

[2]- لباد ناصر ، مرجع سابق ، ص 416.

[3]- أنظر: المادة 02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/02/22 المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقة العمومية (ج ر 21) ص 60.

[4]- معاشو عمار، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1989، ص 135.

ونصّ دفتر الشروط وهيكل البرنامج على ذلك، وفي هذه الحالة يجب أن تتضمن الصفقة بندا ينص على أن المتعاملين المتعاقدين يتصرفون مشتركين أو منفردين ويلتزمون بالاشتراك والتضامن بإنجاز المشروع[1].

ومهما قيل حول تطبيق هذه المبادئ الأساسية في إبرام الصفقات العمومية وكذا الشروط الواجب توافرها في الشخص الذي يتقدم لنيل الصفقة من طرف الإدارة المتعاقدة فإن الملاحظ دائما أن ضمانات احترام تطبيق هذه المبادئ تبقى غير كافية رغم ترسانة النصوص القانونية والتنظيمية في مجال سير عملية الإبرام، فهناك ضمانات وقائية تتمثل في جملة الأحكام والنصوص التي تضبط كيفيات وشروط التعاقد واختيار المصلحة المتعاقدة للمتعامل سواء عن طريق المناقصة والتراضي.

وهناك ضمانات لاحقة ( بعدية ) ترمي إلى تكريس الرقابة بشتى أنواعها سواء كانت إدارية أم قضائية بهدف منع تعسف الإدارة و انفرادها بمسألة اختيار المتعاملين المتعاقدين من جهة و حسن استعمال الأموال العمومية و حماية حقوق الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى.

## المبحث الثاني: الضمانات المتعلقة بإجراءات منح و اعتماد الصفقة العمومية

إذا كانت العقود الإدارية بشكل عام يتم تكوينها و انعقادها مثل العقود المدنية و التجارية عند تلاقي رضا كل من الطرفين المتعاقدين في جميع عناصر و شروط العقد و ذلك في صورة إيجاب و قبول، فإن الصفقات العمومية التي تعد إحدى أهم عقود الإدارة تختلف عن عقود القانون الخاص من حيث عملية الإبرام في طريقة التعبير و الإفصاح عن إرادة السلطة الإدارية، حيث تتم عملية التعبير عن إرادة الإدارة المتعاقدة في شكل عقد مركب، فلا يمكن التعبير عن إرادة الإدارة إلا بعد قطع مراحل متعددة و مختلفة بإتباع مجموعة من الإجراءات الضرورية، ذلك أن جهة الإدارة المتعاقدة ترد عليها عدة قيود تحد من حريتها في عملية الإبرام و تكوين الصفقة ذاتا من حيث وجوب إحترام القواعد الأساسية التي تحكم الصفقة العمومية و المعبر عنها بوضوح ضمن أحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 و المادة 09 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 و المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته.

و من بين أهم القواعد التي يجب أن تؤسس عليها إجراءات إبرام الصفقات العمومية، إحترام مبدأ الشفافية و المنافسة الشريفة بحيث يترتب عن ذلك جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و منها:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية أي قاعدة الإشهار و الإعلان.
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة و الانتقاء.
- معايير موضوعية و دقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية.

و عليه فإن إدراج مثل هذه القواعد في إطار قانون تمت المصادقة عليه من قبل البرلمان يعد بحد ذاته ضمانا يضاف إلى مجموعة أخرى للضمانات المنصوص عليها في النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر ، و هو أيضا ما يفسر دواعي اللجوء لتعديل المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بما يتناسب مع هذه

---

[1]- انظر: المادة 49 من المرسوم الرئاسي 02-250 والمادة 08 من المرسوم الرئاسي رقم 03-301.

المستجدات الطارئة لاسيما فرض إحترام قواعد الشفافية و الحياد في عملية الإبرام ( مطلب أول ) و إعمال مختلف أنواع الرقابة القبلية لأجل تجسيد المباديء التي سبق التعرض لها ( مطلب ثاني ).

## المطلب الأول: تكريس مبدأ شفافية الإجراءات و حياد الإدارة

جاء قانون الصفقات العمومية في مجال إجراءات التعاقد ليكرس العمل بذه القواعد التي تعد من قبيل النظام العام و لا يمكن مخالفتها، و هذا كضمان لتحقيق المنافسة العامة بين المترشحين للصفقة دون إقصاء أو تعسف من جانب الإدارة.

و يتجلى تحقيق مبدأ الشفافية في إجراءات منح الصفقة و حياد الإدارة خاصة في عملية الإعلان و إلزاميته بالنسبة للمناقصات أو المزايدات، وكذا لأول مرة في النظام القانوني للصفقات العمومية إدخال العمل بإجراء المنح المؤقت و ما يترتب عنه من حقوق للمترشحين للصفقة مثل الحق في الطعن و معارضة قرار المنح.

و بالإضافة إلى ذلك ، فقد وضع المشرع نظاما خاصا للرقابة على عملية إبرام الصفقة العمومية ، بدف ضمان إحترام الإجراءات و القواعد المنصوص عليها لدرء أي تعسف من جانب الإدارة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد حيث لا يصح العقد بدون إجراء هذه الرقابات المختلفة.

### الفرع الأول: إلزامية الإعلان عن الصفقة العمومية

يقصد بالإعلان إيصال العلم إلى جميع الراغبين بالتعاقد و إبلاغهم عن كيفية الحصول على شروط التعاقد و نوعية المواصفات المطلوبة و مكان و زمان إجراء أي شكل من أشكال المناقصة.

فإذا رغبت المصلحة المتعاقدة في التعاقد ، فإن أولى خطواتا هي الإعلان عن شروط العقد و يعد هذا الإعلان بمثابة توجيه الدعوة للراغبين في التعاقد ، فقد حرص القضاء الإداري في مصر على تكييف الإعلان كدعوة للتعاقد، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1967/12/02 بما يلي : " إن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة للتعاقد ..."[1].

وهذا الإعلان ضروري حتى يكون هناك مجال حقيقي للمنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة ، لأن بعض الراغبين في التعاقد قد لا يعلمون بحاجة الإدارة إلى ذلك، ومن ناحية أخرى فإن الإعلان يحول بين الإدارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنم وحدهم الذين تقدموا[2].

فالتزامات وشروط الإعلان أو الدعوة للمنافسة يرتبها قانون الصفقات ، فهي موضوعة أساسا من أجل تحقيق فعالية الطلب العام، وكل هذا ضمانا للمساواة في المعاملة وحرية دخول المترشحين لإبرام صفقة عمومية[3].

وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم الرئاسي 02-250 بقولها " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة ، الدعوة للانتقاء الاولي، المسابقة، المزايدة".

---

[1]- محمد أحمد عبد النعيم ، المرجع السابق ، ص78 و مايليها.

[2]- الطماوي سليمان محمد ، المرجع السابق، ص 246.

[3] - ALFONSO Jean , « la notion de marché public », revue du conseil d'Etat numéro 03-2003, p 59.

وبذلك فان مبدأ الإعلان عن المنافسة قد ورد النص عليه بصفة الإلزام ، بحيث يتضح بأن المشرع فرض اللجوء للإشهار بنشر إعلان المناقصة بأشكالها المختلفة دون إجراء التراضي ، حتى يفتح فرصة المنافسة أمام جميع المترشحين ويجسد مبدأ المساواة بينهم.

### 1. الإعلان إجراء شكلي جوهري:

يعتبر الإشهار الصحفي وفق هذا النحو إجراءا شكليا جوهريا، تلزم الإدارة بمراعاته في جميع أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة ، الوطنية أو الدولية، وكذلك الحال لو رغبت في التعاقد باتباع أسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو المزايدة.

ونظرا لأهمية الإعلان لكون أن المناقصة لا تتم إلا به و أن التعاقد لا يتم كقاعدة عامة إلا باتباع أسلوب المناقصة بما يؤدي إلى نتيجة مفادها أن لا تعاقد حاصل عام دون إعلان، فقد فصل المشرع في قواعد الإعلان وهذا بموجب المادة 43 من قانون الصفقات العمومية، ففرض ما يلي:

1. تحرير إعلان المناقصة باللغة الوطنية، أو بلغة أجنبية.
2. أن ينشر الإعلان على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين .
3. أن ينشر الإعلان على سبيل الوجوب في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي"BOMOP" [1].

ومن الملاحظ أنه لم يتم الإشارة إلى طريقة النشر الإلكتروني رغم أهميتها من الناحية العملية و انتشارها في كثير من الدول كوسيلة فعالة للإعلان" la dématérialisation des marchés publics".

وبذه القواعد جسد المشرع بحق القواعد الأساسية في التعاقد، فلم يكتف بإلزام الإدارة اللجوء كأصل عام لأسلوب المناقصة ، بل فرض نشر الإعلان بلغتين على الأقل أحدهما باللغة الوطنية، وأن ينشر مرتين على الأقل في الجرائد اليومية الوطنية بالإضافة للنشرة الرسمية للصفقات العمومية.

وبذلك فتح القانون الجزائري سبيل المشاركة لكل العارضين الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها محترما بذلك المقاييس المعمول بها في معظم الأنظمة القانونية[2].

بالإضافة إلى ذلك ، هناك إمكانية الإعلان المحلي الذي جاءت به المادة 05 من المرسوم الرئاسي 03-301 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 والتي أفادت بأنه يمكن أن تكون محل إشهار محلي مناقصات الولايات، البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها عن طريق:

- نشر إعلان المناقصة في يوميتين محليتين أو جهويتين.
- إلصاق إعلان المناقصة بالمقرات المعنية: للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرف التجارة والصناعة، الحرف والفلاحة والمديرية التقنية المعنية في الولاية.

---

[1]- أنظر: المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 1984/05/12 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.
[2]- بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص 114.

و هذا بالنسبة لصفقات الأشغال أو التوريدات أو الدراسات أو الخدمات التي يساوي مبلغها تبعا لتقييم إداري على التوالي خمسين مليون دينار جزائري (50.000.000 دج) أو يقل عنها، و عشرين مليون دينار جزائري (20.000.000 دج) أو يقل عنها ، و غرض المشرع في هذا الإعلان المحلي دائما هو توسيع دائرة العلم بأشكال المناقصة المزمع إبرامها من أجل الحصول على أكبر عدد ممكن من المتقدمين و المتنافسين ، و بذلك تتحصل المصلحة المتعاقدة على عدة فرص لاختيار أفضل العطاءات.

و للإشارة فإن التنظيم الأخير للصفقات العمومية لم يبين تاريخ الإعلان ، في حين نجد أن أول نص قانوني لها أي الأمر رقم 67-90 وضح بأن الإعلان ينشر قبل 20 يوما على الأقل من التاريخ المحدد لاستلام العروض ، مع إمكانية تخفيض المدة إلى 10 أيام عند الاستعجال[1].

### 2. محتوى الإعلان:

يشترط قانون الصفقات العمومية أن يتضمن الإعلان بيانات إلزامية حددها و ضبطها في نص المادة 40 منه المعدلة بموجب المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 و تتمثل هذه البيانات الإلزامية في مايلي:

- العنوان التجاري و عنوان المصلحة المتعاقدة؛
- كيفية المناقصة (مفتوحة أو محدودة ، وطنية و/أو دولية ) أو المزايدة أو عند الاقتضاء المسابقة؛
- موضوع العملية؛
- الوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة من المرشحين؛
- تاريخ ومكان إيداع العروض؛
- إلزامية الكفالة عند الاقتضاء؛
- التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب فوقه عبارة لا يفتح و مراجع المناقصة؛
- ثمن الوثائق عند الاقتضاء .

و بفرضه لهذه البيانات في كل إعلان مناقصة أيا كان شكلها ، يكون المشرع قد كفل للمعنيين بالمنافسة على الصفقة فرصة المشاركة و هذا بإطلاعهم على الجهة المعنية ، موضوع الخدمة ، نوع المناقصة ، مجال المشاركة و آجالها الوثائق المطلوبة و الكفالة ، و بذلك جسد مرة أخرى مبدأ الشفافية و المساواة بين المتنافسين.

و إذا بادرت الإدارة المعنية لنشر إعلان المناقصة بالكيفية المذكورة سلفا تعين عليها تمكين المعنيين من دفتر الشروط للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد ، و هذا من باب إضفاء الشفافية و الوضوح على قواعد المنافسة بين مختلف العارضين[2].

و قد فرض المشرع بموجب المادة 42 المعدلة من قانون الصفقات العمومية تزويد المترشحين بكل المعلومات الدقيقة خاصة فيما تعلق بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة و المواصفات التقنية المطلوبة ، و المقاييس التي يجب توفرها في المنتوجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم و الضمانات المالية و الوثائق المطلوبة ، و اللغة الواجب إستعمالها في تقديم

---

[1]- أنظر: المادة 33 من الأمر رقم 67-90.

[2]- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص116.

التعهدات و كيفيات التسديد،الأجل المحدد لتحضير العروض و تاريخ إيداع العروض و شكلية الحجية المعتمدة فيه و العنوان الدقيق و آخر أجل لتقديم العروض .

و إذا كان التطابق في كثير من البيانات وارد و مسجل بالربط بين المادة 40 و المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 إلا أن التكرار في بعض البيانات هو التأكيد على دورها و أهميتها في إضفاء شرعية أكثر على المناقصة ومن جهة أخرى يعبر عن تشدد المشرع بخصوص هذه البيانات و المعلومات لا سيما فيما يتعلق بالآجال لتحضير و إيداع العروض.

و ما يترتب عن إلزامية الإعلان بالنسبة للمصلحة المتعاقدة في حالة عدم إحترامها الأشكال الجوهرية هو **بطلان المناقصة** برمتها وهو ما سار عليه القضاء الإداري الفرنسي حينما حكم ببطلان المزاد إذا لم يتم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون و هي اللصق على اللوحات المعدة لذلك[1].

و لا يترتب البطلان إلا إذا تمت مخالفة إحدى الأشكال الجوهرية المقررة أساسا لمصلحة الأفراد كضمان قانوني لفائدتم أما الإجراءات غير الجوهرية فلا يترتب عنها البطلان كحالة حدوث خطأ في الأرقام أو الأخطاء الحسابية من السهل أن ينتبه إليها المترشح[2].

## الفرع الثاني: إجراء المنح المؤقت للصفقة العمومية

### 1. الإجراءات السابقة للمنح المؤقت:

بعد مرحلة الإعلان عن المناقصة، تضع المصلحة المتعاقدة تحت تصرف أية مؤسسة أو مترشح يسمح لهما بتقديم العروض ، كل الوثائق المتعلقة بالصفقة مع إمكانية إرسالها إلى المترشح الذي يطلبها ، و بعد إطلاعهم على هذه الوثائق يقوم المترشحون بتقديم عطاءاتم من أجل الظفر بالصفقة.

- **تقديم العروض:**

و تعرف العطاءات بأنا العروض التي يتقدم با الأشخاص في الصفقة و التي يتبين من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقا للمواصفات المطروحة في الصفقة ، و كذلك تحديد السعر الذي يقترحه و الذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه الصفقة[3].

و يجب أن تقدم العروض خلال المدة المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة و يبدأ تقديمها من تاريخ أول صدور للإعلان عن المناقصة في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات العمومية.

و قد أعطيت السلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة في اختيار الأجل الذي يناسبها ، لكن شريطة مراعاة عناصر معينة مثل تعقيد موضوع الصفقة و المدة التقديرية اللازمة لتحضير العروض و إيصال التعهدات و هذا ما قضت به المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدلة بموجب المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338.

---

1- الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق، ص 249.
2- محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة و الأشغال العمومية ، الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1992 ، ص103.
3- الجبوري محمود خلف ، المرجع السابق ، ص57.

وكان من الأفضل و تفاديا لأية خروقات قد تحدث ، أن يحدد النص أجلا أدنى ينبغي مراعاته و عدم الـ ول عليه كأن يذكر مثلا 20 يوما ابتداء من اليوم الموالي من تاريخ نشر أول إعلان مناقصة[1].

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد هذا الأجل المحدد لإيداع العروض إذا اقتضت الظروف ذلك ، مع ضرورة إخطار المترشحين بكل الوسائل.

و إضافة إلى عنصر الآجال ، يجب أن تقدم العروض طبقا لدفتر الشروط و المواصفات التي تحددها المصلحة المتعاقدة سلفا و ترد هذه الشروط عادة في دفاتر تسمى بدفاتر الشروط ((Les cahiers des charges)) وضحها قانون الصفقات العمومية في المادة 09 منه ، ميز بين 03 أنواع على النحو التالي :

1/- **دفتر البنود الإدارية العامة:** و يتضمن هذا الدفتر مجمل الأحكام المطبقة على جميع صفقات الأشغال العامة و التوريد المبرمة من قبل المصالح المتعاقدة و الموافق عليها بموجب قرار وزاري مشترك.

و قد ميز الأمر رقم 67-90 في المادة 06 منه في هذا الصدد بين نوعين من دفاتر الشروط الإدارية العامة و هما :

**أ-** دفاتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات التوريد المبرمة من قبل الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات و الدواوين العامة.

**ب-** دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال و التي تضمنها القرار الصادر بتاريخ 1964/11/21.

2/- **دفاتر التعليمات المشتركة** : تحدد هذه الدفاتر الأحكام و الترتيبات التقنية المطبقة على جميع الصفقات التي هي من نوع واحد ، سواء كانت صفقات أشغال أو توريدات أو خدمات، يتم التصديق على هذه الدفاتر بمقتضى قرار من الوزير المعني و لا يمكن أن يتضمن هذا النوع من الدفاتر أي خروج عن أحكام دفتر الشروط الإدارية العامة.

3/- **دفاتر التعليمات الخاصة** : تحدد هذه الدفاتر على وجه الدقة الشروط الخاصة بكل صفقة إن دعت الضرورة إلى تضمينها بعض الاستثناءات عما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر التعليمات المشتركة فيجب أن يعبر عن ذلك بشكل صريح لا يدع مجالا لأي احتجاج لاحق.

و قد حدد المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 08-338 في المادة 13 منه ، ما يجب أن تشتمل عليه العروض و التعهدات المقدمة من المترشحين و تتمثل في :

**1- عرض تقني :** و يتضمن مايلي :

- التصريح بالاكتتاب ، على أن يضبط الوزير المكلف بالمالية بقرار نموذجي رسالة التعهد و التصريح بالاكتتاب- العرض وفق الشروط المعلن عنها (حسب إعلان المناقصة)؛

- **كفالة التعهد** caution de soumission الخاصة بصفقات الأشغال و اللوازم الخاضعة لاختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات و التي لا يمكن أن تقل في أي حال عن 1% من مبلغ التعهد المنصوص عليها في دفاتر شروط المناقصة الواقعة ضمن اختصاص هاتين اللجنتين.

---

[1]- بوضياف عمار ، المرجع السابق ، ص117.

و تسمى أيضا ضمان التعهد أو المناقصة ، وهي مبلغ مالي يدفعه المتعهد الذي قدم عرضه في إطار المنافسة من أجل الظفر بالصفقة المطروحة للتعاقد وهذا كضمان لجدية وحسن نيته في دخول معترك المنافسة و من ثمة يبقى عرض المتعهد قائما لحين إتمام ترتيبات وإجراءات إبرام الصفقة ، وبالتالي تعد هذه الكفالة إحدى معايير اختيار المتعامل المتعاقد.

وقد أشارت المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل و المتمم إلى وجوب وإلزامية أن تشمل التعهدات على كفالة التعهد الخاصة بصفقات الأشغال و اللوازم الخاضعة فقط لاختصاص اللجنتين الوطنيتين للصفقات التي تم إحداثها بموجب المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 و التي لا يمكن أن تقل في أي حال من الأحوال عن 1% من مبلغ التعهد ،كما أضاف نفس المرسوم الرئاسي أن كفالة المتعهد الذي لم يقبل و الذي لم يقدم طعنا ترد بعد يوم واحد من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت أما المتعهد الذي لم يقبل و تقدم بطعن فترد كفالته عند التبليغ بقرار رفض الطعن من طرف لجنة الصفقات المعنية ، في حين ترد كفالة المتعهد الذي منح الصفقة عند تاريخ وضع كفالة حسن التنفيذ[1] .

علما و أن كفالة المتعهد الذي لم يقبل كانت حسب المرسوم الرئاسي 02-250 ترد بعد 35 يوما من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة و أما كفالة المتعهد الذي منح الصفقة فترد عند إمضائه العقد [2].

وللإشارة فإن لهذه الكفالة دوران بارزان هما :

- مراقبة الوضعية المالية للمؤسسة و هذا عن طريق حصولها على قرض بإمضاء من البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية و هذه الأخيرة لا تقدم كفالتها للمؤسسة المتعاقدة إلا بعد التأكد من وضعيتها المالية ، و بالتالي تسمح هذه الكفالة للمصلحة المتعاقدة بالقيام بعملية تصفية للمؤسسات التي تتمتع بوضعية مالية تسمح لها بالمشاركة في استدراج العروض وكذا المؤسسات العاجزة وغير المؤهلة .

- تضمن هذه الكفالة للمصلحة المتعاقدة أن المؤسسات التي قدمت عروضها طبقا لدفتر الشروط تلتزم بعروضها عندما ترسو على أحدها الصفقة و بالتالي فهي تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعهد في حالة الانسحاب المسبق من العرض أو إذا رفض إمضاء العقد أو تقديم باقي الضمانات المطلوبة .

- العرض التقني المعد وفقا لدفاتر شروط المناقصة؛

- كل الوثائق التي تخص تأهيل المتعهد في الميدان المعني كشهادة التأهيل و الترتيب لصفقات الأشغال و الاعتماد لصفقات الدراسات وكذا المراجع المهنية؛

- كل الوثائق التي تطلبها المصلحة المتعاقدة مثل القوانين الأساسية للمؤسسات المتعهدة ، السجل التجاري ، الحصائل المالية و المراجع المصرفية؛

[1] - أنظر: المادة 07 من المرسوم الرئاسي 02-250

[2] - أنظر: المادة 2/45 من المرسوم الرئاسي 02-250.

- كل الوثائق الأخرى التي تشترطها هيئات الضمان الاجتماعي بالنسبة للمتعهدين الوطنيين و المتعهدين الأجانب الذين عملوا في الجزائر ، غير أنه يمكن في حالة تنفيذ عمليات إنجاز الأشغال تقديم هذه الشهادات بعد تسليم العروض بعد موافقة المصلحة المتعاقدة و هذا قبل إمضاء الصفقة ؛
- مستخرج من صحيفة السوابق القضائية للمتعهد عندما يتعلق الأمر بشخص طبيعي أو للمسير أو للمدير العام للمؤسسة عندما يتعلق الأمر بشركة؛
و تعفى من هذا البند المؤسسات الأجنبية غير المقيمة في الجزائر [1].

**2- عرض مالي :** و يشتمل على ما يلي :

- التعهد؛
- جدول الأسعار الوحدوية؛
- الكشف التقديري و الكمي .

يتقدم الأشخاص بالعروض إلى الإدارة وفقا للنموذج المحدد سلفا ، و تقدم في ظرف مزدوج تكتب عليه عبارة " لا يفتح" ، و يجب أن يوضع في الظرف الخارجي مراجع الصفقة ، أما الظرف الداخلي فيكتب عليه إسم المترشح و العرض.

وترسل الظروف المشتملة على العروض عن طريق البريد المضمون مع العلم بالوصول ، غير أنه يمكن النظر في دفتر الشروط على الترخيص بتسليمها في جلسة عمومية أو بإيداعها في صندوق مخصص لهذا الغرض[2] .

و يبقى فيما بعد المتقدم ملتزماً بعرضه في لحظة تقدمه لغاية البت فيه من قبل لجنة فحص العطاءات فلا يستطيع سحبه و لا تعديله إلاّ إذا قررت المصلحة المتعاقدة عكس ذلك[3] .

ولم يحدد التنظيم الأخير للصفقات العمومية أجلاً لالتزام المترشحين بعرضهم في حين حدده الأمر رقم67-90 بتسعين (90) يوماً إذ جاء في المادة 40 منه "يبقى المترشحون ملتزمين بعروضهم مدة 90 يوماً ".

- **فحص العطاءات** :

أسندت نصوص قانون الصفقات العمومية مهمة فحص العروض إلى لجنتين هما : لجنة فتح الأظرفة و لجنة تقييم العروض.

○ **لجنة فتح الأظرفة** : ضماناً لمبدأ الشفافية الذي كرّسه المرسوم الرئاسي 02-250[4] فقد أسندت عملية فتح الأظرفة إلى لجنة مختصة و هذا حسب المادة 107 التي نصّت على أنه " تحدث في إطار الرقابة الداخلية لجنة لفتح الأظرفة لدى كل مصلحة متعاقدة ، و يحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بمقرر تشكيلة اللجنة المذكورة في إطار الإجراءات القانونية التنظيمية المعمول بها".

---

[1]- أنظر: المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 و كذا المادة 07 من المرسوم الرئاسي رقم 03-301.
[2]- محمد أنس قاسم جعفر ، مرجع سابق ، ص 104
[3] - الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق ، ص 281 و كذا عوابدي عمار ، مرجع سابق ، ص 208
[4] - الفاسي فاطمة الزهراء ، " الشفافية في إبرام الصفقات العمومية" ، مداخلة تم إلقاؤها بجامعة عنابة بتاريخ 2003/05/07 .

تجتمع هذه اللجنة في التاريخ المحدد لإيداع العروض بموجب إستدعاء من المصلحة المتعاقدة في جلسة علنية بحضور العارضين الذين يتم إعلامهم مسبقاً في دفتر الشروط و يصح اجتماعها مهما كان عدد أعضائها الحاضرين ، وذلك حسب أحكام المادتين 109 و 110 من قانون الصفقات العمومية .

وتتمثل مهام هذه اللجنة فيما يلي :

- التثبت من صحة تسجيل العروض على سجل خاص
- إعداد قائمة التعهدات حسب ترتيب وصولها مع توضيح مبالغ المقترحات
- إعداد وصف مختصر للوثائق التي يتكون منها التعهد
- تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين .

و عند الاقتضاء تحرر اللجنة محضراً بعدم جدوى العملية كحالة عدم تقدم أيّ مترشح لإبرام الصفقة أو كانت كل العروض مقدمة ممن لا يحق لهم قانوناً المشاركة في إبرام الصفقات العمومية أو ممن يحظر عليهم ذلك و غيرها من الأسباب و يوقعه الأعضاء الحاضرون ، ويجب أن يحتوي المحضر على التحفظات التي قد يدلي بها الأعضاء[1].

إن دور لجنة فتح الأظرفة يكمن في شقين هما :

**أ _ دور إعدادي** : فهي بعملها المحدد بموجب المادة 108 من المرسوم الرئاسي 02-250 تعد لمرحلة لاحقة لها وهي مرحلة التقييم غير أنا تملك سلطة إبعاد أي ملف لا تتوفر فيه الشروط المعلن عنها .

ويجوز الطعن في قرارات اللجنة أمام القضاء الإداري الذي يمارس رقابة على عمل اللجنة في قيامها بالاختصاص السابق[2].

**ب _ دور استشاري** : يتجلى فيما تبديه من تحفظات وملاحظات يرد ذكرها في المحضر.

○ **لجنة تقييم العروض:** نصت المادة 111 من قانون الصفقات العمومية على أنه "تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة لتقويم العروض " و هذا من أجل تحليل و تقييم كل العروض المقدمة وصولاً لأحسن العارضين لمنحه الصفقة من جهة واستكمالا لتناسق عمليات الرقابة الداخلية من جهة أخرى ، ولكي لا تنقطع سلسلة الضمانات التي أوجدها المشرع في مجال إبرام الصفقات العمومية ، تم إحداث مثل هذه اللجان على مستوى كل مصلحة متعاقدة ، وقد أفاد نفس النص على أن مسؤول هذه الأخيرة يتولى تعيين أعضائها من غير لجنة فتح الأظرفة وهذا لتنافي العضوية في اللجنتين معا و الذين يتم اختيارهم من أشخاص مؤهلين من ذوي الكفاءة و الخبرة وتتولى هذه اللجنة تحليل العروض و بدائل العروض عند الاقتضاء من أجل إبراز الاقتراح أو الاقتراحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية و هذا على مرحلتين :

**أ _ المرحلة الأولى** : يتم الترتيب التقني للعروض للتأكد من مدى مطابقتها الشروط و المواصفات الفنية المعلن عنها اعتماداً على عدة أسس كشهادة التأهيل و التصنيف ، اليد العاملة المؤهلة ، التقنيات الحديثة المقدمة ، وهذا مع إقصائها العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط .

---

1- أنظر: المادة 108 من المرسوم الرئاسي 02-250 .

2- الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق ، ص 293.

**ب _ المرحلة الثانية** : يتم دراسة العروض المالية للمتعهدين المؤهلين مؤقتاً بعد فتح أظرفة العروض المالية بالنسبة للمتعهدين و المتقدمين بعروض تقنية ناجحة و مقبولة ، و لأجل بحث ضمانات أكثر في المتقدمين ، يتم تحليل و دراسة عروضهم المالية بالنظر إلى رأس مال المتعهد و سمعته المالية المتمثلة في المراجع المالية ، أعماله السابقة ، سمعته لدى البنوك للقيام طبقاً لدفتر الشروط بانتقاء إمّا العرض الأقل ثمناً إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية ، أو أحسن عرض اقتصادي إذا تعلق الأمر بتقديم خدمات معقدة تقنياً حسب شكل المنافسة المتبع ، هذا و إن قانون الصفقات العمومية و تجسيداً لمبدأ المنافسة العامة و المساواة بين المترشحين فإنه لا يسمح بأي تفاوض مع المتعهدين في هذه المرحلة الحساسة سواء بعد فتح الأظرفة أو أثناء تقييمها ، و بذلك نخلص إلى أن مهام لجنة تقييم العروض استشارية محضة تدف إلى إرشاد المصلحة المتعاقدة عن طريق الدراسة و التحليل الدقيق للعروض المقدمة لها ، كما لديها اختصاصات واسعة لا تقتصر فحسب على تحليل ودراسة و تقييم العروض بل إلى درجة البتّ فيها بانتقاء العرض المناسب لأن عملية اختيار المتعامل المتعاقد تتم بعد تقييم العروض حيث تقدم اللجنة اقتراحا أو أكثر للمصلحة المتعاقدة .

و الخلاصة أن المشرع قيد حرية المصلحة المتعاقدة بإحداثه لجنتي فتح الأظرفة و تقييم العروض في إطار ما يعرف بالرقابة الداخلية على عملية إبرام الصفقات العمومية وهذا حرصاً منه على مطابقة الصفقات المبرمة للتشريع و التنظيم المعمول بما بالإضافة إلى أن اللجنتين مقيدتي الاختصاص بالنصوص القانونية المحددة لمهامهما، بما فيه ضمانة للعارض المتعهد بحيث تتم عملية فتح الأظرفة ثم دراستها و تحليلها و كذا انتقاؤها في جو من الشفافية و الحياد علاوة على ذلك فإن قراراتا خاضعة لرقابة القضاء كضمان إضافي ، وكل ذلك بدف الوصول إلى أفضل عرض تحقيقاً لما يقتضيه الصالح العام الذي هو مناط كل عقد تبرمه الإدارة[1].

2. **المنح المؤقت و إرساء الصفقة :**

إن المصلحة المتعاقدة ليست لها حرية مطلقة في عملية الإختيار و البت النهائي في العروض ، إذ يجب عليها التقيد في هذه المرحلة بجملة من الضوابط و الثوابت تحددها سلفاً و تعلن عنها ، عملاً بنص المادة 47 من قانون الصفقات العمومية التي تنص على أنه: " يجب أن تكون معايير إختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجبارياً في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على الخصوص إلى ما يأتي :

- الأصل الجزائري أو الأجنبي للمنتوج،
- الضمانات المالية و التقنية،
- السعر و النوعية و آجال التنفيذ،
- التكامل مع الاقتصاد الوطني و أهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانياً في السوق الجزائرية،
- شروط التمويل التي تمنحها المؤسسات الأجنبية والضمانات التجارية و شروط دعم المنتوجات و الخدمة ما بعد البيع و الصيانة والتكوين ،
- إختيار مكاتب الدراسات بعد المنافسة الذي يجب أن تستند أساسا على الطابع التقني للاقتراحات ،

[1]- فنينش محمد الصالح ، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ص 143.

يمكن أن تؤخذ إختيارات أخرى في الحسبان بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة". و كل هذا تطبيقاً لأحكام المادة 29 التي تفيد بوجوب تخصيص المصلحة المتعاقدة الصفقة للمؤسسة التي تعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة و لن يتأتى ذلك إلاّ بالتأكد من قدرات المتعهدين و مواصفاتهم المرجعية حتى يكون اختيارها لهم سديداً ولقد جاء التنظيم الأخير للصفقات العمومية ليكرس أكثر مبدأ الشفافية ، و هذا بإدراجه لإجراء جديد يسمى بالمنح المؤقت للصفقة بعد إتمام إجراءات فحص العروض و انتقائها و اختيار أفضل متعهد فيصدر قرار منح مؤقت لهذه الصفقة التي رست عليه في انتظار إتمام إجراءات التصديق و الاعتماد و الرقابة الخارجية عن طريق عرض الصفقة على لجنة الصفقات المختصة .

ويجب الإشارة إلى أن إجراء المنح المؤقت للصفقة يعتبر جديداً مقارنة بالمرسوم التنفيذي رقم 91-434 بحيث قضت المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 على وجوب إعلان المنح المؤقت للصفقة في نفس الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد السعر و آجال الإنجاز و المعايير التقنية و البشرية و بذلك يكون قد أضفى على إبرام الصفقات شفافية أكثر بإعلان الفائز مؤقتاً بالصفقة مع ذكر معايير الانتقاء و ما يقابلها من تنقيط لتمكين المتنافسين للآخرين من تقديم طعونهم أمام لجنة الصفقات العمومية و هذا على الرغم من أن بعض الجهات تعتبر إجراء المنح المؤقت وجها آخر للبيروقراطية[1]، باعتباره لا يعدو أن يكون اختيارا مؤقتاً من قبل المصلحة المتعاقدة و لا يكون نهائياً إلاّ بعد صدور قرار اعتماده من الجهة المختصة المنصوص عليها في المادة 07 ، حيث أن قرار إرساء الصفقة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة في التعاقد بل ليس إلا إجراء تمهيدياً ، أما عملية التعاقد فإنها خطوة أخرى لاحقة و تختص بها هيئة أخرى لذا تعد هذه المرحلة أهم مراحل الصفقة من الناحية القانونية[2] .

## المطلب الثاني : ممارسة الرقابة القبلية كضمان أساسي

لما كانت للصفقات العمومية بمختلف أنواعها صلة بالخزينة العمومية فإنه أضحى من الضروري إخضاعها لصور شتى من الرقابة تلازم مختلف مراحلها سواء قبل الإبرام أو أثناء دخول الصفقة حيز التنفيذ أو بعد التنفيذ .

والغرض الأساسي من تسليط هذه الرقابة هو التأكد من تطبيق الأهداف المرجوة من وراء التعاقد و إلزام الإدارات العمومية و الهيئات المستقلة بالتقيد بأحكام قانون الصفقات العمومية بما يكرس خاصة تحقيق المبادئ الكبرى للتعاقد كمبدأ الشفافية و حرية المنافسة و المساواة بين المتنافسين [3]، من هنا نجد أن المرسوم الرئاسي رقم 02-250 قد خصص لموضوع الرقابة على الصفقات العمومية باباً بأكمله هو الباب الخامس و أدرج فيه مجموعة من الأقسام و فصل في أحكام الرقابة بما لم يفعله مع أحكام أخرى حيث خصص لها 48 مادة من المادة 103 إلى المادة 151 بما يعكس أهمية الرقابة على مستوى التنظيم.

ومثلما هو معلوم فإن الصفقات المبرمة لا تكون نهائية ولا تدخل حيز التنفيذ إلاّ بعد موافقة السلطة المختصة عليها و اعتمادها ويمكن كل سلطة من أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بتحضير الصفقات و تنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها .

---

1- لباد ناصر ، مرجع سابق، ص 415

2- الجبوري محمود خلف ، مرجع سابق ، ص 63

3- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 177.

و تمثل الجهة المختصة حسب المادة 07 من قانون الصفقات العمومية فيما يلي :

_ الوزير فيما يخص صفقات الدولة

_ مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة

_ الوالي فيما يخص صفقات الولاية

_ رئيس المجلس الشعبي البلدي فيما يخص صفقات البلدية

_ المدير العام أو المدير فيما يخص صفقات المؤسسات العمومية الوطنية و المحلية ذات الطابع الإداري

_ المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري

_ مدير مركز البحث و التنمية

_ مدير المؤسسة العمومية و الخصوصية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي

_ مدير المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني.

علماً أن المرسوم الرئاسي رقم 02-250 إستعمل مصطلح "الموافقة" (L'approbation)، في حين أن التشريعات السابقة و خاصة الأمر رقم 67-90 نص على أن الصفقة تصبح نهائية بالمصادقة[1] .

و بذلك تنطلق الرقابة الأولية بمجرد موافقة الجهة المختصة التي يمارس مسؤولوها نوعاً من الرقابة الداخلية باعتبار أن الموافقة هي عمل قانوني يرتب لآثار ملزمة بالنسبة للطرفين حيث تجعل من العقد نهائياً و تعد شرطاً ضرورياً من أجل تنفيذه [2] .

و إضافة لما سبق و تطبيقاً لنص المادة 103 من قانون الصفقات العمومية التي تبرمها المصالح المتعاقدة تخضع لرقابة مسبقة ، حيث سبق التطرق إلى الرقابة الداخلية التي تمارسها لجنتي فتح الأظرفة و تقييم العروض ، أما الأشكال الأخرى للرقابة القبلية المنصوص عليها فتتمثل في :

_ الرقابة الخارجية

_ الرقابة المالية للالتزامات .

**<u>الفرع الأول</u> : مدلول الرقابة القبلية ومستوياتها**

إن التنظيم الحالي للصفقات العمومية يتميز بنظام يضمن رقابة صارمة على إبرام الصفقات العمومية زيادة على أن الرقابة تتميز بتوسعها و تنوعها إذ تمتد إلى جميع المستويات و على مراحل مختلفة ابتداءً من الإعلان عن الصفقة إلى إنهائها .

و بما أن مرحلة تكوين الصفقة العمومية تبدأ من مرحلة الإعداد و التحضير لعملية الإبرام من خلال تسخير و تجنيد الأموال اللازمة للقيام بإنجاز أشغال و توريدات أو القيام بدراسات و أداء خدمات و تحديد الاحتياجات بدقة ثم الإعلان عن الصفقة من خلال الدعوة للمنافسة فإن مهمة الرقابة تبدأ أيضاً مع إيداع العروض و التعهدات من خلال عمل لجنة فتح الأظرفة (COP) ثم تأتي مرحلة تقييم و دراسة هذه العروض بتدخل لجنة إدارية أخرى تدعى لجنة تقييم

---

[1]- أنظر: المادة 39 /1 من الأمر رقم 67-90

[2] - KOBTANE Mohamed , <u>le régime juridique des contrats du service public</u>, O P U, Alger 1983, P 42.

العروض (CEO) بحيث تبقى دائماً المصلحة المتعاقدة تمسك بزمام المبادرة في تعيين أعضاء هذه اللجان و بالتالي إمكانية التأثير على عملها .

لذا جاء التنظيم الخاص بالصفقات العمومية بأنواع أخرى للرقابة و هي :

- رقابة خارجية تمارسها لجان الصفقات العمومية
- الرقابة المالية للإلتزامات
- رقابة الوصاية على صفقات المصلحة المتعاقدة

**1 - الرقابة الخارجية** : ويقصد بذا النوع من الرقابة حسب المفهوم الواسع مجموعة الوظائف التي يمارسها جهاز خارجي عن الهيئة الخاضعة للمراقبة و المستقل تماماً عنها ، و تدف هذه الرقابة إلى :

- التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على هيئاتا للتشريع و التنظيم المعمول بما و للتحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية[1].

- توفير رأي حول الحسابات والحالات المالية ، شرعية العمليات المالية و كذا نوعية التسيير المالي عن طريق إعداد التقارير .

أما المفهوم الضيق فهي تمارس عن طريق أجهزة خارجية في نطاق الجهاز التنفيذي و بصفة عامة فإن الرقابة الخارجية يمكن تقسيمها إلى الرقابة السياسية الشعبية من خلال ا الس المنتخبة و الرقابة التقنية التي تمارسها هيئات مختصة التي هي موضوع دراستنا هذه ، وتتمثل هذه الأخيرة التي يتم تحديد تشكيلها و اختصاصاتا بموجب قانون الصفقات العمومية في لجنتين بالأساس هما لجنة الصفقات العمومية المختصة واللجان الوطنية للصفقات العمومية إذ تنشأ لدى كل مصلحة متعاقدة لجنة الصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية وقد قسمها المرسوم الرئاسي 02- 250 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 08-338 إلى :

_ اللجنتان الوطنيتان للصفقات

_ اللجنة الوزارية للصفقات و تختص بدراسة الصفقات التي تبرمها الإدارة المركزية

_ لجنة صفقات المؤسسات العمومية و مراكز البحث و التنمية أو المؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 .

_ اللجنة الولائية للصفقات و تختص بدراسة الصفقات التي تبرمها الولاية و يساوي مبلغها المستوى المحدد في المادة 130 من قانون الصفقات العمومية و كذا الصفقات التي تبرمها البلدية و مؤسساتا العمومية ذات الطابع الإداري و يساوي مبلغها خمسين مليون دينار ( 50.000.000 دج ) أو يزيد عنه بالنسبة لصفقات الأشغال و اللوازم و عشرين مليون ( 20.000.000دج ) فيما يخص صفقات الدراسات و الخدمات .

_ اللجنة البلدية[2] و تتم بدراسة صفقات البلدية مع مراعاة المستويات المذكورة ضمن مجال اختصاص اللجنة الولائية.

بحيث تقدم هذه اللجان مساعدتا في مجال تحضير الصفقات العمومية و إتمام تراتيبها، كما تقدم رأيها حول كل طعن يقدمه متعهد يحتج على اختيار المصلحة المتعاقدة .

---

[1] - أنظر: المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[2]- أنظر المواد من 116 إلى 151 من المرسوم الرئاسي 02-250 و كذا المواد من 9 إلى 11 من المرسوم الرئاسي رقم 03-301، و المواد من 23 إلى 40 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338

أما فيما يخص اللجان الوطنية للصفقات العمومية التي تم استحداثها بموجب المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 فتنقسم إلى لجنتين وطنيتين حسب نوع و أهمية الصفقة و هما :

- اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال

- اللجنة الوطنية لصفقات التوريد ، الدراسات و الخدمات.

أما اختصاصاتا في إطار إبرام الصفقات العمومية فتتمثل في :

- مجال **برمجة الطلبات العمومية و توجيهها** : إصدار توصيات تسمح باستعمال أحسن للطاقات الوطنية في الإنتاج و الخدمات بحيث تستهدف على الخصوص ، ترشيد الطلبات العمومية و توحيد أنماطها .
- مجال **التنظيم** : اقتراح أي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات و المشاركة في تطبيق أي إجراء ضروري لتحسين ظروف إبرام الصفقات و تنفيذها ، فحص دفاتر الأعباء العامة و دفاتر الأحكام المشتركة و نماذج الصفقات الخاصة بالأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات قبل المصادقة عليها ، دراسة كل الطعون التي يرفعها المتعامل المتعاقد قبل أي دعوى قضائية حول الـ اعات المنجرة عن الصفقة ، تقديم الرأي في مشاريع اعتماد الأرقام الاستدلالية الخاصة بالأجور و المواد المستعملة في صيغ مراجعة الأسعار و الاطلاع عن الصعوبات الناتجة عن تطبيق الأحكام المتعلقة بالرقابة الخارجية.

أما في مجال الرقابة القبلية، فتتولى اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال البت في كل صفقة يفوق مبلغها أربعمائة مليون دينار ( 400.000.000 دج) بالإضافة إلى كل ملحق بذه الصفقة و أية صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 93 من قانون الصفقات العمومية و التي يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى مقدار المبلغ المذكور سابقا أو أكثر من ذلك،بالإضافة إلى أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية إلى المستوى المحدد أعلاه .

و تختص اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات بالبت في صفقات اللوازم التي يفوق مبلغها مائة مليون دينار ( 100.000.000 دج) و كل ملحق بذه الصفقات ، صفقات الدراسات و الخدمات التي يفوق مبلغها ستين مليون دينار ( 60.000.000 دج) و كل ملحق با و أية صفقة تحتوي على البند الوارد في المادة 93 من قانون الصفقات العمومية يمكن أن يرفع تطبيقها المبلغ الأصلي إلى مقدار المبالغ المحددة أعلاه أو إلى أكثر من ذلك،بالإضافة إلى أي ملحق يرفع مبلغ الصفقة الأساسية إلى المستويات المحددة سابقا و إلى أكثر من ذلك .

وكل هذا بغرض التحقق من **مطابقة** الصفقات المبرمة للتشريع و التنظيم المعمول بما و الحفاظ على سلسلة الضمانات المقررة ابتداءً من مرحلة إعداد للصفقة ، إذ تتوج الرقابة التي تمارسها لجنة صفقات المصلحة المتعاقدة بمنح التأشيرة أو رفضها خلال 20 يوماً ابتداءً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة ، و هذا ما أفادت به المادة 125 من قانون الصفقات العمومية .

في حين تتوج الرقابة التي تمارسها اللجنتان الوطنيتان للصفقات بإصدار تأشيرة في غضون 30 يوماً على الأكثر ابتداءً من تاريخ إيداع الملف الكامل لدى كتابة هذه اللجنة[1].

2 - **الرقابة المالية للإلتزامات** :

---

[1]- أنظر المادة 134 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة بالمادة 37 من المرسوم الرئاسي 08-338

تخضع الرقابة المالية لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 1992/11/14 الخاص بالرقابة المسبقة للنفقات الملتزم بها و منح التأشيرة ، حيث أن كل نفقة مهما كانت طبيعتها لابد أن تخضع للتأشيرة المسبقة للمراقب المالي قبل أي دفع ، و نشير أنه بالنسبة للبلديات فالرقابة المسبقة يمارسها المحاسب البلدي .

الرقابة المسبقة ينتج عنها تأشيرة على وثيقة الإلتزام ووثيقة التعاقد (الصفقة) سواء برفض مؤقت أو نهائي حسب الحالة.

و هناك ما يعرف في المحاسبة العمومية رقابة الشرعية أثناء دفع النفقات و تحصيل الإيرادات ، حيث يقوم المحاسب العمومي بالتحقق من احترام القواعد الأساسية للمحاسبة العمومية من أجل ضمان تلاؤم النفقة مع رخص البرامج في الميزانية حسب المادة 35 من القانون رقم 90-21 المؤرخ في 1990/08/15 المتعلق بالمحاسبة العمومية ، و ينتج عن رقابة المحاسب العمومي قبول أو رفض مسبب للنفقة.

إن رفض الدفع من طرف المحاسب العمومي يمكن تجاوزه من خلال إجراء التسخير للآمر بالصرف الذي يحمله المسؤولية الشخصية و المالية إلا في الحالات التالية :

- عدم وجود الاعتمادات
- عدم توفر السيولة
- إنعدام إثبات الخدمة المنجزة
- الطابع غير الابرائي للنفقة
- غياب التأشيرات القانونية الخاصة بالمراقب المالي أو بلجنة الصفقات العمومية .

3-**الرقابة الوصائية** :

تتمثل رقابة الوصاية أساسا في التأكد من ملاءمة الصفقات العمومية لأهداف الفعالية و الاقتصاد و كذلك لبرامج و أولويات القطاع و هو ما أفادت به المادة 113 من المرسوم الرئاسي 02-250.

فعلى المستوى المركزي ، يتكفل المفتش العام في ميدان الصفقات العمومية بإجراء التفتيش الذي يهدف إلى التحقق من الشروط القانونية و الحيادية أثناء إعداد إبرام و تنفيذ الصفقات من طرف المصالح الوزارية أو الخارجية أو هيئات و مؤسسات عمومية تحت الوصاية .

أما على المستوى المحلي فإن ممارسة هذا النوع من الرقابة يعود إما إلى الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي و تعتبر بمثابة رقابة ملاءمة اقتصادية للصفقة أكثر منها رقابة ملاءمة قانونية و هذا بالمقارنة مع الرقابة الخارجية.

**الفرع الثاني : حدود ممارسة الرقابة القبلية**

جاء في نص المادة 36 من قانون الصفقات العمومية أن المصلحة المتعاقدة ملزمة بتبرير اختياراتها أمام كل عملية رقابة تمارس على إبرام صفقاتها السلطة المختصة .

و يعد منح التأشيرة ، الآلية القانونية التي تمارس من خلال لجان الرقابة الخارجية مهامها، حيث يمكن هذه الأخيرة رفض منح التأشيرة في حالات معينة غير أن هذا الرفض يجب أن يعلل أن كل مخالفة للتشريع و/أو التنظيم المعمول بها تعاينها اللجنة يكون سبباً لرفض التأشيرة و يمكن أن تكون التأشيرة مرفقة بتحفظات موقفة عندما تتصل بموضوع الصفقة و غير موقفة عندما تتصل بشكل الصفقة .

وتعرض الصفقة بمجرد موافقة اللجنة المختصة عليها بعد رفع التحفظات الموقفة المحتملة المرافقة للتأشيرة التي تسلمها هيئة الرقابة الخارجية القبلية المختصة على الهيئات المالية لكي تلتزم بالنفقات قبل البدء فيها ، وهذا طبقاً للمادة 144 من قانون الصفقات العمومية .

والحديث في اختصاص الرقابة القبلية و منح التأشيرة يفرض علينا التساؤل التالي : إلى أي مدى يمكن اعتبار قرارات منح أو رفض التأشيرة قرارات إدارية بالمعنى الفني للقرار بما يمكن الطعن فيها أمام القاضي الإداري إذا ما شابها عيب من عيوب المشروعية مثلاً ؟

1- **حق التجاوز المخول للسلطة الإدارية** :

إنطلاقاً من أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 فإن قرار منح التأشيرة أو رفضها لا يمكن اعتباره قراراً نائياً و الدليل هو ما جاء في المادة 150 المعدلة بالمادة 44 من المرسوم الرئاسي 08-338 ،حيث ورد فيها صراحة التجاوز بقولها " إذا رفضت اللجنتان الوطنيتان منح التأشيرة ، يمكن الوزير المعني ، بناءً على تقرير من المصلحة المتعاقدة أن يتجاوز ذلك بمقرر معلل و ترسل نسخة منه إلى الوزير المكلف بالمالية و مجلس المحاسبة".

و من هنا رخصت المادة 150 للوزير تجاوز قرار اللجنة الوطنية برفض التأشيرة شريطة إصدار قرار معلل بناءً على اقتراح من المصلحة المتعاقدة و هو ما يزيد في سلطتها الإدارية .

ويطرح تطبيق هذا النص إشكالاً كبيراً على الصعيد القانوني فاللجنة تمارس دور الرقيب على المشروعية ( رقابة المشروعية) فإذا أصدرت قرارها معللاً بالرفض و مستندا إلى نصوص تنظيم الصفقات العمومية فكيف يمكن للوزير تجاوز هذا القرار ؟

لا شك أن سلطة التجاوز المعترف بها للإدارة ممثلة في الوزير المعني أو الرئيس الإداري للجهة المعنية بالصفقة تنطوي على الطابع الإنفرادي رغم أن تنظيم الصفقات العمومية كرس مبدأ الجماعية في اتخاذ القرار المتعلق باختيار المتعامل المتعاقد و في كل مراحل إبرام الصفقات العمومية[1] .

وإذا تم التسليم بوجود قرار تجاوز فكيف يمكن التصرف مع الجهات الرقابية الأخرى ، كالمراقب المالي و المحاسب خاصة أن المادة 145 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ورد فيها صرامة "تفرض التأشيرة الشاملة التي تسلمها لجنة الصفقات العمومية على المصلحة المتعاقدة و المراقب المالي و المحاسب المكلف ".

ومن الفائدة أن نشير إلى أن حالات الرفض الصادرة عملياً عن اللجنة الوطنية للصفقات لا يتم تجاوزها من طرف الوزير المعني طالما صدرت معللة ، كما أن الوزير لا يريد الدخول في مخالفة قرار لجنة وطنية ذات تركيبة بشرية خاصة و مختلطة و ذات كفاءة و لها مهام متنوعة .

---

[1]- بوضياف عمار، مرجع سابق ، ص 215.

2 - **قيود ممارسة الرقابة القبلية** :

إن عدم كفاية التخطيط في المرحلة الحالية يؤدي إلى الإستعمال المميز للتقنيات التقليدية التي تؤدي إلى "بيروقراطية" المراقبة مع ما يتضمنه هذا من محذور مزدوج : عدم الفعالية يسبب افتقاد الهدف و عرقلة تحقيق الاستثمارات التي يؤدي تأخيرها لتكبد تكاليف إضافية [1] .

كما أنه بالنسبة لصيغة التراضي نجد أن ساحة المراقبة القبلية ضيقة مما يؤدي إلى انحراف الإدارة في استعمال سلطتها في اختيار المتعامل المتعاقد لاسيما أن ميزة أسلوب التراضي هو الإتفاق المباشر الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب التحايل و عدم حياد الإدارة (le favoritisme) و هذا من شأنه أن يؤثر على المال العام و منه على المصلحة العامة التي هي مناط أي نشاط تقوم به الإدارة .

## المبحث الثالث: ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن إبرام و منح الصفقة العمومية

من خلال دراستنا للضمانات المقررة في عملية إبرام الصفقات العمومية في مرحلة تكوينها ، يتجلى لنا بوضوح إتساع نطاق الأحكام و الضوابط القانونية لتشمل جميع مراحل الصفقة بدءً بإعدادها و تحديد الاحتياجات مرورا بإعلان و إطلاق عملية الدعوة للتعاقد إلى غاية الرقابة المفروضة على عملية الإبرام ، بحيث جاءت جل الضمانات لتؤكد حرص المشرع على تحقيق الأهداف المتوخاة من الصفقة العمومية ألا وهي إشباع الحاجات العمومية و تحقيق المصلحة العامة .

و لذلك فإن طبيعة هذه الضمانات من حيث المصادر المستمدة منها جاءت أيضا متشعبة و متنوعة نظراً لأهمية التعاقد بواسطة الصفقات العمومية و التي است فت الملايير و شكلت عبءً حقيقياً على الخزينة العمومية بفعل كثرة النفقات المتعلقة با و منه ساهمت عملية البحث عن الضمانات الهادفة إلى ترشيد الإنفاق العام و حسن استغلال الأموال العمومية من جهة إلى تنوع الإطار القانوني الذي يحكم الصفقات العمومية و إعادة تشكيل النظام القانوني لها.

و من جهة أخرى أضفت هذه الضمانات نوعاً من الثقة لدى المتعاملين المتعاقدين الباحثين عن فرصة الدخول إلى الطلبيات العمومية من خلال تحسين ظروف عملية الإبرام و إضفاء الشفافية على قواعد و إجراءات هذه الأخيرة التي غالباً ما اشتكى المتعاملون المتعاقدون من مشكلة تحيز الإدارة صاحبة الصفقة لطرف دون آخر أو ما يعرف بالمحاباة ، لذا كان لزاماً إدراج عدة أحكام و نصوص قانونية تضبط هذه العملية و تكفل خاصة حقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة .

و لعل أهم ما جاء به التنظيم الأخير للصفقات العمومية و هو المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم ، هو تكريس الحق في الطعن في قرارات المصلحة المتعاقدة حيث بينت الدراسة التي قمنا با للمراحل التي تمر با عملية تكوين عقد الصفقة العمومية إلى أن إتمامها موكل منذ البداية حتى النهاية إلى المصلحة المتعاقدة التي تشرف على كل تراتيبها، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعسفها في عملية اختيار المتعامل المتعاقد أو إغفالها إجراءات

---

[1]- محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2006 ، ص 376.

مهمة في عملية الانتقاء و تؤثر على الاختيار الأمثل ، و هذا حتماً يؤدي إلى نشوب نزاعات تتعلق بعملية انعقاد الصفقة بحد ذاتها .

و من أجل نجاعة عملية اختيار المتعامل المتعاقد و تجنباً لأي تعسف أو إخلال قد يحدث من قبل المصلحة المتعاقدة خاصة في مجال المناقصات التي تعتبر كما سبقت الإشارة القاعدة العامة للتعاقد ، عمد المشرع في مجال الصفقات العمومية إلى وضع آليات لتسوية النزاعات الناشئة في هذه المرحلة كضمانات لحماية الطرف المتعاقد من جهة و لتكوين أهم المبادئ الأساسية في عقد الصفقة العمومية وهي احترام الشفافية و المساواة بين المترشحين .

كما تجدر الإشارة إلى أن القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته قد تبنى في المادة 9 منه ، هذه القاعدة حينما نصت على أنه: " يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية و المنافسة الشريفة و على معايير موضوعية " .

و يجب أن تكرس هذه القواعد على وجه الخصوص :

- ممارسة **كل طرق الطعن** في حالة عدم احترام قواعد الصفقة العمومية ، و على هذا الأساس اعترف المشرع بممارسة حق الطعن بكل الطرق المتاحة سواء عن طريق التسوية الودية (مطلب أول) أو اللجوء إلى القضاء الإداري (مطلب ثان)

## المطلب الأول : أولوية التسوية الودية للنزاع الناشئ عن منح الصفقة

لقد حرص المشرع الجزائري على أن فض منازعات الصفقة العمومية يكون وديا و بالتراضي بين الطرفين منذ أول تنظيم قانوني لها و استمر النص على هذه الآلية حتى التنظيم القانوني الأخير للصفقات العمومية و المتمثل في المرسوم الرئاسي 02-250 فقد ورد في المادة 152 من الأمر رقم 67-90 أنه تشكل على مستوى كل وزارة لجنة استشارية للتسوية الودية بموجب قرار صادر عن الوزير المعني ، بحيث تستهدف هذه اللجنة البحث في المنازعات المتعلقة بالصفقات بقصد إبراز ما قد يكون فيها من عناصر عادلة يمكن أن تساعد على إيجاد تسوية ودية تغني عن الالتجاء إلى القضاء .

كما جعل المشرع طرح النزاع على اللجنة أمرا واجباً يسبق كل دعوى قضائية ، إذ جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1988/12/31 أن "... و أن الإجراءات أمام هذه اللجنة واجبة تسبق كل دعوى قضائية إلا في حالة تقصير السلطة الإدارية لاتخاذ ذلك الإجراء فإن العارض أمام صمت السلطة الإدارية ، عرض في الآجال القانونية النزاع على الجهة القضائية "[1].

كما نص المرسوم التنفيذي رقم 91-434 على وجوب التظلم أمام هيئة الصفقات العمومية المختصة التي ظلت مهمتها استشارية و تهدف إلى البحث في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية و كذا العناصر المنصفة الممكن اعتمادها أساساً لتسوية ودية[2] .

أما التنظيم الجديد للصفقات العمومية فقد أورد في القسم الفرعي الثالث من القسم الرابع بعنوان تسوية النزاعات و هذا الأخير يحتوي على مادتين ، إذ خصص المادة الأولى للطعون المنصبة على المنح المؤقت للصفقة و الثانية لآليات تسوية النزاعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقة .

---

[1]- أنظر قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الإدارية الصادر بتاريخ 1982/12/31 ملف رقم 62252 منشور بالمجلة القضائية العدد 2 ، سنة 1992 ، ص 161 و ما يليها .

[2]- أنظر: المواد 99 و 100 و 101 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 .

**الفرع الأول: ممارسة حق الطعن في قرار المنح المؤقت**

حسب المادة 101 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدلة و المتممة بالمادة رقم 17 من الرسوم الرئاسي رقم 08-338 فإنه يمكن للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة ، أن يرفع طعناً أمام لجنة الصفقات المختصة في أجل 10 أيام ابتدءا من تاريخ **أول** نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة و بالتالي فإن هذا التظلم أو الطعن اختياري بالنسبة للمتعامل المتعاقد خلافا للنصوص السابقة التي جعلت منه أمرا إجباريا.

و تجسيداً لمبدأ الشفافية فإن قرار المنح المؤقت للصفقة الصادر عن السلطة المتعاقدة يجب أن يتم الإعلان عنه في الصحافة و في نفس الجرائد التي تم إعلان الصفقة فيها سابقاً مع تحديد سعر و آجال التنفيذ و كل العوامل التي سمحت باختياره بإدراج نقاط الانتقاء المتبعة حسب طبيعة كل صفقة و توضيح معايير الاختيار بدقة مع تبيان أن لباقي المتعهدين تقديم طعونهم خلال المهلة القانونية لذلك و هي 10 أيام و هذا في حدود المبالغ القصوى المحددة في المادتين 121-130 من قانون الصفقات العمومية ، و اشترط التعديل الجديد للمادة 101 أن يتم تقديم الطعن ابتداء من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة و هو ما يقلل من حجم الطعون الموجهة لاختيارات المصلحة المتعاقدة و بالتالي التضييق على حرية ممارسة الحق في الطعن ضد قرارات هذه الأخيرة.

أما بالنسبة للجنة الصفقات المختصة فإنه علاوة على صلاحياتها فيما يخص ممارسة مهام الرقابة على عملية إبرام الصفقة العمومية فإن المشرع قد خول لها أيضاً إبداء الرأي حول الطعون التي يتقدم بها العارضون الذين يحتجون على اختيار المصلحة المتعاقدة في إطار إعلان مناقصة[1] .

و يجب على المتعهد عند تقديمه الطعن استيفاء الشروط الشكلية والموضوعية من حيث وجوب احترامه للآجال القانونية في إيداع الطعن أمام الجهة المختصة ( لجان الصفقات الوطنية أو الولائية أو البلدية أو الوزارية ) ، أي أنه يأخذ بعين الاعتبار اختصاص اللجنة بالعودة إلى النصوص القانونية التي تنظم اختصاصها النوعي و الإقليمي[2] .

كما يتوجب أيضاً على المتعهد الطاعن إثبات وجه خرق القانون أو صورة التمييز بين المتنافسين[3] .

و من المؤكد أن لجان الصفقات المختلفة بحكم تركيبتها البشرية المتميزة تستطيع الحسم في التظلم المرفوع أمامها .

**الفرع الثاني :آلية الحل الودي للنزاع**

تصدر لجنة الصفقات المختصة رأيا في أجل 15 يوماً ابتداء من تاريخ انقضاء أجل 10 أيام حسب نص المادة 101 المعدلة و المتممة من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 ، و يبلغ هذا الرأي إلى كل من المصلحة المتعاقدة و صاحب الطعن .

و الملاحظ في نص المادة المذكورة أنه قد تم تدارك الخطأ في النص العربي ، حيث ورد فيه أن لجنة الصفقات المختصة تنظر في الطعن المقدم من طرف المتعهد و تصدر قراراً، في حين ورد في النص الفرنسي أن ذلك يتم بموجب رأي (Avis) و شتان بين القرار و الرأي و لاسيما من حيث الآثار المترتبة عن كل منهما ، فالقرار له طابع إلزامي غالبا و

---

[1]- أنظر: المادة 116 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[2]- أنظر :المواد 119،121 ، 122 ، 127 من المرسوم الرئاسي 02-250 .

[3]- بوضياف عمار، المرجع السابق ، ص 218

خاضع للرقابة القضائية وفق قرينة المشروعية بحيث يكون محلاً لدعوى الإلغاء ، في حين أن الرأي ليست له القوة الإلزامية و غير خاضع للرقابة القضائية .

لكن السؤال المطروح : ما هي الضمانات المتوفرة لدى المتعهد الطاعن في حالة كون عمل اللجنة يتوج برأي فقط غير ملزم للمصلحة المتعاقدة ؟

تبقى الإجابة عن هذا التساؤل محل دراسة و بحث ، غير أنه يتعين مرة أخرى على واضعي التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية ضبط و تحديد مصطلحات قانون الصفقات العمومية و بدقة و لا يترك مجال للتأويل و المغالطة [1]، ولا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة نتيجة لذلك على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلاّ بعد انقضاء أجل 30 يوماً ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن و دراسته من طرف لجنة الصفقات المختصة ثم تبليغه بقرارها بعد انقضاء أجل 10 أيام الممنوحة للمتعهد من أجل تقديم طعنه ، علماً أنه في حالة الطعن تجتمع لجنة الصفقات المختصة بتشكيلتها المحددة قانوناً ، وبحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري.

و من ثم نلمس حرص المشرع في مادة الصفقات العمومية على إيجاد تسوية رضائية لحل ال اعات الناشئة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد في مرحلة اختياره و يتجلى هذا أكثر في التدقيق المذكور في شأن إحترام الآجال القانونية لممارسة حق الطعن المكفول قانوناً حتى تضمن أرضية سليمة لإتمام عملية إبرام الصفقة العمومية ، حيث مهما يكن من أمر لابد على المصلحة المتعاقدة الإلتزام باحترام هذه الآجال حتى و لو لم تكن هناك طعون ضد قراراتا فيما يخص المنح المؤقت للصفقة ، إذ نلمس سكوت المشرع على النص في مثل هذه الحالة أو في حالة عدم جدوى المناقصة أيضاً لم يتم التطرق لموضوع ممارسة الطعن .

## المطلب الثاني: التسوية عن طريق القضاء

تعتبر التسوية القضائية الآلية الثانية لحل ال اعات المتعلقة بالصفقات العمومية و غالبا ما يلجأ إليها بعد فشل محاولات التسوية الودية و الوصول إلى حل رضائي كما يتضح من نص المادة 102 من قانون الصفقات العمومية التي ورد فيها أن هذا النوع من المنازعات يسوى في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية سارية المفعول ،دون أن يوضح القضاء المختص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية و لا أنواع الدعاوي المرفوعة في هذا الإطار ، لذا لابد من العودة إلى المستقر عليه قضاءً و المتفق عليه فقهاً.

و قد سبقت الإشارة إلى أن الصفقات العمومية تخضع لرقابة القاضي الإداري من زاوية المعيار العضوي حسب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية[2]، أي أنا تقع في ظل النظام القضائي المطبق على العقود الإدارية ،

---

[1]- بن دعاس سهام ، مرجع سابق ، ص 36

[2] - المادة 800 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ( الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23 ) تنص على :" المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية .تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها "، و للتفصيل أكثر أنظر بوضياف عمار ، القضاء الإداري ، دار جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص 115 و ما يليها

وقد اتفق فقهاء القانون الإداري على أن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري في حالة العقود الإدارية[1] ، وهو ما سنتطرق إليه لاحقاً.

## الفرع الأول: مسألة تحديد الاختصاص القضائي

ورد في قرار محكمة التنازع في الجزائر الصادر بتاريخ 2000/05/08 في الملف رقم 1 قضية رئيس بلدية الرايس حميدو ضد (ص .ج) أن " الـ اع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية الرايس حميدو و المدعى عليه (ص ج) و أن الـ اعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية "[2].

و بذا القرار لم يعد هناك مجال للشك بأن القضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات الناشئة عن تكوين الصفقات العمومية و المعروف أن اختصاص القضاء الإداري يمكن رده بصفة عامة إلى نوعين رئيسيين هما : القضاء الكامل و قضاء الإلغاء و هو ما فصلت فيه أيضا المادة 801 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في الاختصاص المحلي حيث أفادت بما يلي :

" تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في :

1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية و الدعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن :
 _ الولاية و المصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية
 _ البلدية و المصالح الإدارية الأخرى للبلدية
 _ المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية
2- دعاوى القضاء الكامل
3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة ".

و القضاء الكامل هو الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب عن الصفقات العمومية ، فمتى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه ، فإنا كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل .

أما عن اختصاص مجلس الدولة[3] فإن المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تنص على أن هذا الأخير يختص كدرجة أولى بالفصل في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية ، بالإضافة إلى اختصاصه بالفصل في استئناف الأحكام و الأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية و كذا بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية .

---

[1] - الطماوي محمد سليمان، العقود الإدارية،المرجع السابق، ص189، وكذا كل من :
- MARIE AUBY Jean –DUCOS ADER Robert , Droit administratif, 4éme édition, Dalloz, Paris 1977, p367
- REVERO Jean , Droit administratif, 9éme édition, Dalloz, Paris 1980,p 122.

[2] - أنظر: قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2000/05/08 ، ملف رقم 1 منشور بمجلة مجلس الدولة ، العدد 1، 2002 نص155

[3] - المادة 152 من الدستور تنص على " يؤسس مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية " ، و كذا المادة 2 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله " هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية و هو تابع للسلطة القضائية ..." ،و بالنسبة للمحاكم الإدارية أنظر المادة الأولى من القانون رقم 98-02 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية و المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المتضمن كيفيات تطبيق القانون رقم 98-02

لكن قضاء العقود الإدارية يثير في بعض النواحي مسائل تتعلق بقضاء الإلغاء و هذا في إطار نظرية الأعمال المنفصلة ، لأن الطعن بالإلغاء لا يكون إلاّ ضد القرارات الإدارية كقاعدة عامة و هذا يعني إغلاقه بالنسبة للعمليات المركبة و أولها العقود الإدارية ، لكن الصفقة العمومية تنطوي على الكثير من النشاطات ذات الطبيعة الانفرادية les actes unilatéraux مثل قرار تخصيص الصفقة لأحد المتعهدين المتنافسين ، فهي إذا عملية قانونية متكاملة تدخل في إطار دعوى الإلغاء وتتم في صيغة قرارات إدارية ينظر القاضي إلى كل منها على وجه الاستقلال ويقبل الطعن فيها بالإلغاء [1].

علما و أن القضاء الإداري في فرنسا كان حتى مطلع القرن العشرين يرى في العقد الإداري كلاً لا يقبل التجزئة فكان يصر على رفض قبول دعوى الإلغاء الموجهة ضد أحد القرارات الإدارية الصادرة في إحدى مراحل انعقاد العقد لكنه منذ مطلع القرن العشرين بدأ يطبق في هذا المجال نظرية الأعمال المنفصلة و كان يحرص دائما على أن يؤكد في كل مرة أن الطعن بالإلغاء لا يهدف إلى إلغاء العقد نفسه[2].

## الفرع الثاني : أوجه ممارسة الدعوى

إن البحث عن صور منازعات تكوين الصفقة العمومية يقودنا حتماً للتطرق إلى أوجه ممارسة الطعن ضد قرارات المصلحة المتعاقدة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد ، ولعل أهم قرار يصدر في هذا الإطار هو ذلك المنصوص عليه في المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 و المتمثل في الإعلان عن المنح المؤقت للصفقة أي تخصيص هذه الأخيرة لمتعامل متعاقد معين بذاته و بالتالي فهذا القرار قد يكون محل طعن أمام اللجنة المختصة ، كما قد ترفع بشأنه دعوى الإلغاء .

أما إذا كان موضوع الدعوى هو طلب بطلان العقد برمته نظراً لوجود عيوب في تكوينه ، فنكون أمام دعوى القضاء الكامل .

### 1 – قضاء الإلغاء :

تشمل هذه الدعوى المرفوعة من طرف المتعهد الطاعن في هذا الصدد كل القرارات الإدارية المتخذة في عملية اختيار المتعامل المتعاقد و القابلة للفصل و المتعلقة بعمليات و إجراءات تحضير إبرام و انعقاد العقود الإدارية إجمالا أي كل القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة ، كالقرار الصادر بوضع شروط المناقصة أو المزايدة و قرار لجنة تقييم العروض و فحص العطاءات و قرار لجنة البت بإرساء الصفقة و حتى القرار الصادر بالتوقيع على العقد يمكن الطعن فيه بالإلغاء[3] . علما أن صاحب الدعوى لا يسمح له بأن يبني طعنه على حقوق شخصية فهو لن يستطيع أن يدافع عن مركز قانوني ذاتي بدعوى الإلغاء إنما يجب أن يبني طعنه على أساس أن القرار المنفصل قد خالف القواعد القانونية القائمة

---

[1]- حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية و الدولية ، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف الإسكندرية ،1998 ، ص 116

[2]- مصطفى أبو زيد فهمي ، قضاء الإلغاء (شروط القبول،أوجه الإلغاء) ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2001 ، ص 27

[3]- عوابدي عمار ، النظرية العامة للنزاعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ، ج 2، نظرية الدعوى الإدارية ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2003 ص451 و كذا:

- AUBY ( J M ) et DRAGO ( R ) , Traité de contentieux administratif, tome 1, 2ème édition LGDJ, Paris, page 163

و ذلك لأن الطعن بالإلغاء طعن موضوعي لا يحمي سوى المراكز القانونية الموضوعية التي يستمدها الشخص من القانون مباشرة [1] .

كما أنه من بين الميزات الرئيسية لممارسة هذه الدعوى أنا جاءت شاملة لكافة القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة بخلاف التظلم و الطعن الإداري الذي انحصرت ممارسته على قرار المنح (التخصيص) المؤقت للصفقة و هو ما أعلنت عنه المادة 101 حينما اعترفت بحق الطعن للمتعهد في مجال إبرام الصفقات العمومية ووسعت من رقعة هذا الحق باللجوء إلى القواعد العامة المنصوص عليها قانوناً .

و غني عن البيان أيضاً فإنه يمكن للمتعهد طلب إلغاء أي قرار إداري إذا استوفى شروط المصلحة كسائر المواطنين و لكن الممنوع عليه هو أن يستند إلى حقوقه التعاقدية توصلاً إلى هذا الإلغاء [2].

2 – **القضاء الكامل** :

نجد أن أهم صورة في هذا الصدد هي دعوى بطلان العقد نظراً لوجود عيب يمس تكوين الصفقة ، فهنا ليس للمتعاقد الذي يريد أن يتوصل إلى إلغاء العقد إلاّ سبيل القضاء الكامل أو دعوى التعويض لأن القاعدة المسلم با تقوم على أن دعوى الإلغاء لا توجه إلى العقود الإدارية و هذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها[3] ، بالإضافة إلى ذلك فإنه من اختصاص القضاء الكامل الأمور المستعجلة سواء أصل المنازعة أو ما يتفرع عنها .

ودعوى التعويض من أهم دعاوى القضاء الكامل وقد نص عليها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 801 إذ هي الدعوى التي يلجأ إليها غالباً لحل منازعات الصفقات العمومية قضائياً ، ويظهر جلياً بأن دعوى القضاء الكامل تمارس أكثر في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية لأن مناطها هو العقد ، بينما دعوى الإلغاء فتمارس في جميع المراحل التي تمر با الصفقة لأن محلها هو القرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة و بالتالي تكون طرفاً فيها .

و جدير بالإشارة أن القضاء الإداري - إضافة لما سبق - و باعتبار أن اختصاصه في منازعات العقد الإداري شاملا لأصل تلك المنازعات و ما يتفرع عنها ، يستوي في ذلك ما يأخذ منها صورة قرار إداري و ما يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعة حقيقة التعاقد الإداري ، و من مقتضى ذلك أن القضاء الإداري يفصل في الوجه المستعجل من هذه المنازعة لا على اعتبار أنه من طلبات وقف التنفيذ المتفرعة عن طلبات الإلغاء بل على اعتبار أنه من الطلبات الفرعية المستعجلة التي تعرض على قاضي العقد .

و يفصل في الطلب المستعجل المتفرع عن العقد الإداري في الحدود و الضوابط المقررة في الفصل في الطلبات المستعجلة و لا يجوز الخلط بين الطلب المستعجل و بين طلب وقف التنفيذ لأنه لا يتعلق بقرار إداري و إنما ينبثق عن رابطة عقدية ، ويدخل في منطقة العقد و تقوم له ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء [4] .

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 946 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد عالجت مسألة الاستعجال في مادة إبرام العقود و الصفقات العمومية ، حيث نصت على أنه يجوز

---

[1]- مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع نفسه، ص 28 و ما يليها
[2]- الطماوي محمد سليمان ، مرجع سابق ، ص 717
[3]- الطماوي سليمان محمد ، المرجع نفسه ، ص 199
[4]- جمعة أحمد ، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات الجديد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2002 ، ص 435

إخطار المحكمة الإدارية بعريضة و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصفقات العمومية.

كما يمكن إخطار المحكمة الإدارية حتى قبل إبرام العقد ، و للمحكمة أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته مع تحديد الأجل الذي يجب الامتثال فيه .

و يمكن المحكمة الإدارية أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد ، و يمكنها كذلك أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات و لمدة لا تتجاوز 20 يوما .

و تفصل المحكمة الإدارية طبقا للمادة 947 في أجل 20 عشرين يوما ابتداء من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها .

و مما سبق تتضح أهمية التسوية القضائية لمختلف المنازعات المتوقع حدوثها في مرحلة اختيار المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة و التصدي لأي تصرف من شأنه أن يخل بقواعد تحديده سواء بالإلغاء أو التعويض حسب طبيعة النزاع، علاوة على الفصل في الأمور المستعجلة المتعلقة بهذه المرحلة .

بالإضافة إلى الرقابة القضائية الممارسة على أعمال الإدارة المتعاقدة من خلال القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء وهذه تعتبر إحدى أهم الضمانات المقررة للمتعامل المتعاقد في ميدان الصفقات العمومية ، هناك أيضا تدخل القضاء العادي من خلال الدعاوى المرفوعة إليه من طرف المتدخلين في الصفقات العمومية بحيث وفر المشرع حماية جنائية خاصة في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته [1] ، إذ حدد الجرائم المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية في صورتين هما :

1 – **الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية** :

نصت المادة 26 من القانون 06-01 على عقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة مالية من 200000دج إلى 1000000 دج بالنسبة إلى نوعين من الجرائم التي تمس الصفقات العمومية وهما :

**أ** – إبرام عقد أو تأشير أو مراجعة عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالف للأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير و هي جنحة المحاباة .

**ب** – إستغلال النفوذ للحصول على منفعة أو فائدة تتمثل في الزيادة في الأسعار المطبقة عادة أو التعديل في نوعية المواد أو الخدمات أو آجال التسليم أو التموين عند إبرام عقد أو صفقة مع الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات العمومية و الخاضعة للقانون العام أو المؤسسات العمومية الاقتصادية ، المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري ، و ذلك من خلال الاستفادة من سلطة أو تأثير أعوان الهيئات المذكورة .

و هنا نلاحظ بأن القانون لم يستثني أي طرف متدخل في عملية إبرام الصفقة العمومية فممثلي المصلحة المتعاقدة من جهة و التجار و الصناعيين و الحرفيين و المقاولين التابعون للقطاع الخاص من جهة أخرى معنيون بتطبيق نص هذه المادة.

---

[1]- أنظر: القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته (الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 2006/03/08)

2 – **الرشوة في مجال الصفقات العمومية** :

جاءت في المادة 27 من القانون المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته على معاقبة الموظفين العموميين بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة و بغرامة من 1000000 دج إلى 2000000 دج في حالة قبض أو محاولة قبض أجرة أو منفعة مهما كان نوعها لأنفسهم أو لغيرهم بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الهيئات التابعة لها .

و كانت هذه الأفعال قبل تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 06-01 منصوصاً عليها في المادتين 128 مكرر و 128 مكرر 1 من القانون رقم 01-09 المؤرخ في 2001/06/26 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات .

كما أن قانون المنافسة الجديد قد احتوى على نصوص و أحكام تدف إلى وضع ضمانات فيما يخص إبرام الصفقات العمومية و تتجلى هذه الضمانات في منع التجمعات الاقتصادية التي تسعى إلى فرض هيمنتها على السوق[1] مما قد يؤثر على حرية المنافسة بين المتقدمين للترشح للصفقات العمومية كما تضمن أيضاً أحكاماً تتعلق بتوسيع مجال اختصاص صلاحيات مجلس المنافسة ليشمل الصفقات العمومية باعتبارها مصدرا محتملاً للممارسة المنافية للمنافسة الشريفة ليصبح بإمكانه معاقبة أصحاب المخالفات المرتكبة عند إبرام الصفقات العمومية و المصالح الإدارية المتعاقدة معهم ابتداء من تاريخ الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة [2].

---

[1]- حسب تصريح السيد : الهاشمي جعبوب وزير التجارة بتاريخ 2008/05/14 أمام مجلس الأمة ، أنظر كذلك المواد 34 و 37 من الأمر رقم 03-03 المعدل و المتمم بالمواد 18 و 20 من القانون 08-12

[2]- جريدة الخبر : "*تشديد العقوبات ضد المتلاعبين بالصفقة العمومية* " العدد رقم 5321 بتاريخ 2008/05/15 ص5.

## خلاصة الفصل الأول :

بناء على ما تقدم ذكره ، فإن نظام الضمانات في الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام بالمعنى الواسع يرتكز أساسا على مدى احترام القواعد الجوهرية و المبادئ العامة التي تحكم سير هذه العملية من طرف الإدارة المتعاقدة و كذا المترشحين للصفقة إذ أن قانون الصفقات العمومية المتمثل في المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل و المتمم بتحديده لأساليب التعاقد من حيث وضع أسلوب المناقصة كقاعدة و التراضي كإستثناء قد قيد من حرية المصلحة المتعاقدة ضمانا لتحقيق هدفين رئيسيين و هما :

- المحافظة على الأموال العمومية من الإستغلال السيء بفضل ضبط إجراءات الإبرام و تحديد قواعده بوضوح ، إضافة إلى وضع آليات للرقابة على الصفقات العمومية.
- حماية حقوق الطرف المترشح من أي تعسف في عملية الإختيار بفضل إعتماد مبادئ الشفافية ، المنافسة و حرية الترشح و هذا ما أتى به و كرسه التعديل الأخير لقانون الصفقات العمومية ، حيث أفادت المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، وجوب احترام الصفقات العمومية لمبادئ حرية الوصول للطلبية العمومية ، المساواة في المعاملة و شفافية الإجراءات و ذلك بغية تحقيق أحسن استعمال للمال العام و أفضل نجاعة للطلبية العمومية.

كما أن إدراج أحكام قانونية خارج التنظيم المتعلق بالصفقات العمومية ضمن الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المعدل و المتمم و المتعلق بالمنافسة و كذا القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن الوقاية من الفساد و مكافحته قد أضفى حماية قانونية و أخرى جنائية للحد من تجاوزات أعوان الإدارة المكلفين بملف الصفقات العمومية باعتبارها إحدى أهم أوجه الإنفاق العام ، و منه فإن هذه الحماية المقررة قانونا في مادة الصفقات العمومية لا تحمي المصلحة المتعاقدة لوحدها بل تضمن شرعية إبرام هذه الصفقات وفق التنظيم المعمول به ، لذلك فقد عرف نظام الضمانات إتساعا ملحوظا من خلال أحكام القانون 06-01 نظرا للأهمية التي يوليها المشرع لعملية إختيار المتعامل المتعاقد.

بالإضافة إلى ما تضمنه القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل و المتمم للأمر رقم 03-03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة من أحكام عامة حول منع بعض الممارسات المخلة بقواعد التنافس للحصول على الطلبات العمومية .

و على هذا الأساس جاءت الضمانات المقررة في تكوين الصفقات العمومية من حيث **طبيعتها** في ثلاثة صور أساسية و هي :

1- **ضمانات ذات طبيعة قانونية** : و نجدها تتعلق بقواعد و أساليب إبرام الصفقات العمومية بدءا من عملية التحضير لمشروع الصفقة إلى إختيار المتعامل المتعاقد وفقا لأحكام القوانين و الأنظمة ، و تشمل على وجه الخصوص ما يلي :

- تحديد أساليب إختيار المتعامل المتعاقد بصورة واضحة و سليمة من حيث تقييد حرية المصلحة المتعاقدة في عملية التعاقد من جهة و فرض شروط موضوعية و أخرى ذاتية على كل مترشح للصفقة.

- وضع أطر و أسس إبرام الصفقة العمومية و إلزامية إحترامها من طرف المصلحة المتعاقدة و تتمثل في إقرار مبادئ عامة كالمنافسة و المساواة بين المتعاملين ، حرية الترشح للصفقة و شفافية الإجراءات بالإضافة إلى ممارسة مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها.

2- **ضمانات ذات طبيعة تعاقدية** : و تتضمن بدورها وضع شروط خاصة بكل صفقة في إطار ما يعرف بدفاتر الشروط التي توضح بدقة كيفيات و كذا إجراءات إبرام الصفقة مثل تحديد آجال إيداع العروض ، تكوين الملف و مواصفات الصفقة بغرض تحقيق أحسن إختيار للمتعامل المتعاقد و بالتالي أفضل الشروط لإنجاز مشروع الصفقة.

3- **ضمانات ذات طبيعة قضائية**: و تدف إلى حماية حقوق الطرف المتعاقد من خلال منح حق الطعن للمترشح غير المقبول في عملية الإختيار و تكريس مبدأ الشرعية في إبرام الصفقات العمومية .

كما أنه إذا نظرنا إلى الضمانات من حيث **الغاية** المتوخاة منها فيمكن تقسيمها إلى ثلاثة أصناف و هي :

1) **ضمانات** حماية **الأموال العمومية و نجاعة الطلبات العمومية** : تتعلق أساسا بحرص المشرع على حسن تسيير هاته الأموال و تحقيق النتائج المرجوة من عملية إبرام الصفقات العمومية من خلال وضع قواعد قانونية لهذه الحماية سواء في قانون الصفقات العمومية أو في القوانين الأخرى.

2) **ضمانات لفائدة الإدارة المتعاقدة** : و تدف إلى حمايتها من مخاطر سوء اختيار المتعامل المراد التعاقد معه من جراء تحديد جملة من الشروط الذاتية و الموضوعية الواجبة عند الترشح للحصول على الصفقة العمومية.

3) **ضمانات لفائدة المتعامل المترشح للصفقة** : و ترمي إلى حفظ حقوقه من أي تعسف قد يحصل من جانب الإدارة صاحبة الصفقة بفعل وضع آليات قانونية تكفل هذه الحقوق و كذا الاعتراف بحق الطعن في قرارات الإدارة بمنح الصفقة و حرية اللجوء إلى القضاء.

و رغم هذا التنوع في الضمانات الخاصة بإبرام الصفقات العمومية و اتساع مجالها في الآونة الأخيرة إلا أن الملاحظ في الميدان هو الحجم الكبير للتجاوزات المسجلة في عملية إختيار المتعامل المتعاقد ، مما يجعل هذه كل الضمانات غير كافية لمواجهة الممارسات المنافية لأهداف النشاط الإداري المتمثلة في إشباع الحاجات العامة ، لذا وجب التفكير في ضمانات أخرى ذات طابع أخلاقي في مجال الصفقات العمومية.

# الفصل الثاني:

## الضمانات في مرحلة تنفيذ وإنهاء الصفقة العمومية

### - ضمانات حسن تنفيذ الصفقة-

إن الغرض الأساسي من إبرام الصفقات العمومية هو تنفيذها وينجم عن هذا القرار آثار قانونية بالنسبة للإدارة المتعاقدة وكذا المتعامل الحائز على الصفقة ، بحيث ينتج عن تنفيذ الصفقة تولد آثار تتمثل في حقوق والتزامات كل طرف من الأطراف.

إن دراسة العقود الإدارية بصفة عامة تظهر عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة، ويتجلى هذا الأمر بوضوح في عملية تنفيذ الصفقات العمومية أين تتمتع الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بسلطات وحقوق في مواجهة المتعاقد معها، تفوق بكثير ما له في حقوق في مواجهتها، لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة[1].

ففكرة حماية المصلحة العامة والحفاظ على الأموال العمومية هي التي أعطت النظام القانوني للصفقات العمومية أصالته، وأدت إلى خلق مجموعة من الحقوق والالتزامات متميزة عما هو مقرر في نطاق القانون الخاص.

بحيث تتجلى هذه السلطات والامتيازات المقررة للإدارة أكثر بعد إبرام العقد أي في المرحلة التعاقدية، إذ يتقرر للإدارة قبل المتعامل المتعاقد حقوق وسلطات خاصة تختلف عن الحقوق التي يقررها القانون الخاص لأي متعاقد قبل الطرف الآخر، منها سلطة الإشراف، الرقابة والتوجيه وتعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان، وكذلك سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطة الإدارة في إنهاء العقد فضلا عن حقوق وسلطات أخرى[2].

يبدو عدم المساواة لمصلحة الإدارة حين تنفيذ الصفقة بشكل خاص، فالمادة 106 في القانون المدني تنص على: « إن العقد شريعة المتعاقدين» ليست محترمة تماما، إذ أن القاعدة العادية للقانون الخاص تتضمن ثلاث نتائج: الطابع الإلزامي للعقد، وعدم تغيره والمساواة بين المتعاقدين، إلا أن كلا من هذه النتائج يمكن أن توضع وضع التساؤل في القانون الإداري[3].

ورغم أن المصلحة المتعاقدة باعتبارها تتمتع بحقوق وامتيازات حتى ولم ينص عليها العقد أو الصفقة وهو ما يعبر عنه بالنظام غير المألوف في العقود الإدارية لأنها تتعلق بالنظام العام، فإنه لا ينبغي الاعتقاد بأن مصلحة الفريق الثاني في الصفقة وهو المتعامل المتعاقد قد تم التضحية بها، لأن الإدارة لو حصل هذا لن تجد أمامها شخصا تتعاقد معه، ورغم أن عددا من الالتزامات يثقل كاهله، فإنه يستفيد أيضا من بعض الأفضليات والضمانات التي تشكل بحد ذاتها التزامات بالنسبة للمصلحة المتعاقدة.

---

1- أحمد محيو، مرجع سابق، ص 377 وكذا بسيوني عبد الغني عبد الله ، القانون الإداري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت 1993، ص 182

2- مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002، ص6 وما يليها

3- أحمد محيو، المرجع نفسه ، ص377.

وهذا الوضع يحتم علينا التساؤل عن المركز القانوني والفعلي للمتعامل المتعاقد حيال هذه السلطات والامتيازات الضخمة المخولة للمصلحة المتعاقدة، وبعبارة أخرى ما هي أهم الضمانات المفروضة على الإدارة صاحبة الصفقة لمصلحة المتعامل المتعاقد ؟ وفي المقابل ما طبيعة الضمانات المقررة لصالح المصلحة المتعاقدة والمفروضة أصلا على المتعامل المتعاقد ؟

وهل تعد هذه الضمانات كافية لحسن تنفيذ وانجاز موضوع الصفقة وفق منظور المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 التي تفرض على المصلحة المتعاقدة إيجاد الضمانات الضرورية لاختيار المتعامل المتعاقد ولحسن تنفيذ الصفقة ؟

لذا وجب علينا البحث والدراسة لتحديد ماهية الضمانات المتوفرة في مرحلة تنفيذ الصفقة ثم إنا ؤها وكذا في حالة نشوب أي نزاع بمناسبة عملية التنفيذ.

حيث يتم التطرق أولا إلى الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة بالنظر إلى كونا الطرف الأقوى في الصفقة (المبحث الأول) والضمانات المفروضة من ناحية أخرى على المتعامل المتعاقد لفائدة المصلحة المتعاقدة (المبحث الثاني).

ثم نتناول دراسة الضمانات المتعلقة بطرق تسوية النـ اعات الناشئة عن تنفيذ عقد الصفقة العمومية، لاسيما تلك المقررة لفائدة المتعامل المتعاقد في مواجهة السلطات غير العادية للمصلحة المتعاقدة ( المبحث الثالث).

## المبحث الأول: الضمانات الواردة على عاتق المصلحة المتعاقدة

يتمتع المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة بجملة من الضمانات في شكل حقوق، وهذا حسب دفتر شروط الصفقة التي تم إبرامها بينهما والتي تتضمن معظمها، وقد إتفق الفقه على أن للمتعاقد حقوقا أوسع مما ينص عليه العقد على أساس تحقيق العدالة في التنفيذ[1].

وتمثل هذه الحقوق المعترف با للمتعامل المتعاقد التزامات بالنسبة إلى الإدارة المتعاقدة التي تسعى دائما إلى فرض منطقها الخاص وهو تحقيق المنفعة العامة في مقابل سعي المتعامل المتعاقد لتحصيل منفعته الخاصة.

لذلك يمكن تصنيف التزامات الإدارة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقة العمومية إلى نوعين رئيسيين هما:

- التزامات مستمدة مباشرة من العقد مثل الالتزام بدفع الثمن أو المقابل المالي للمتعامل المتعاقد.
- التزامات لا يكون العقد مصدرها، وإنما القضاء الإداري قررها للمتعاقد استنادا إلى قواعد العدالة أو إلى قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام ، وذلك نظير الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع با المصلحة المتعاقدة، ومثال هذه الالتزامات إعادة التوازن المالي للعقد[2].

ويعتبر الالتزام بدفع السعر أو المقابل وإعادة التوازن المالي للصفقة أهم التزامات المصلحة المتعاقدة على الإطلاق، وتعد في ذات الوقت حقوقا مكفولة للمتعامل المتعاقد ولا يخلو عقد صفقة من الإشارة إليهما والتعرض لهما بالتفصيل، خاصة وأن طبيعة هذه الالتزامات هي مالية بالدرجة الأولى وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتا بين التزام وآخر.

---

[1] - حسن محمد عواضة ، المبادئ الأساسية للقانون الإداري ،(دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان 1997، ص 156.

[2] - أحمد فاضل ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص 93

فالمتعامل المتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي بالكيفية التي حددها القانون (مطلب أول) وإذا واجهته أثناء التنفيذ وقائع وعوامل مرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالتوازن المالي ( مطلب ثاني) ، كما يجوز له أيضا المطالبة بالتعويض إذا لحقت به أضرار جراء عمل قامت به الإدارة أو وقوع قوة قاهرة.

## المطلب الأول: ضمانات التسوية المالية للصفقة

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات والشروط المتفق عليها وتلزم الإدارة صاحبة الصفقة بدفع المقابل المالي بالأشكال الكيفيات التي حددها القانون.

ولما كان للصفقة العمومية علاقة وثيقة بفكرة الإنفاق العام وبحقوق الخزينة العامة وجب التأكيد على حسن التنفيذ وأداء الخدمة قبل اتخاذ إجراء تحويل المال ووضعه في رقم حساب المتعامل المتعاقد[1].

وعليه يمكن تصنيف الضمانات الواردة على المصلحة المتعاقدة من زاوية مكافأة المتعامل المتعاقد عن تنفيذه لموضوع الصفقة إلى نوعين رئيسيين هما:

1. ضمانات دفع المقابل المالي المنصوص عليه في العقد.
2. ضمانات تعويض خسائر المتعامل المتعاقد.

### الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء المقابل

إن الحق الأول والأساسي للمتعاقد مع الإدارة هو الحصول على المقابل المتفق عليه في الصفقة، والغالب أن يستحق المقابل بعد تقديم الأداء من جانب المتعاقد، إلا أن الإدارة المتعاقدة قد تدفع جانبا من هذا المقابل مقدما أو في أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات ومتسعا من الوقت، وذلك لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته.

وكفالة منه لهذا الحق، فقد نص قانون الصفقات العمومية في المواد من 61 إلى 70 على وضع آليات لعملية الدفع وكذا لآجال تحقيق هذه العملية ضمانا من المشرع لحقوق المتعامل المتعاقد وهذا ما يعكس أيضا الاهتمام البالغ بذه المسألة نظرا لخطورتا خاصة في عقد الأشغال أين تتعدد المهام ويرتفع مبلغ الصفقة، ويعرف الثمن أو السعر على أنه ذلك المقابل النقدي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد مع الجهة الإدارية نظير ما يقدم لها من سلع وخدمات أو أشغال، ويتم تحديده في أغلب العقود الإدارية بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق به ويجوز أن يكون تحديد الثمن بالإحالة إلى عناصر أخرى خارجة عن العقد، مثل قوائم التسعير الجبري.

ويلاحظ أن الشروط الخاصة بالناحية المالية في الصفقة هي شروط تعاقدية تفاوضية على العموم، وبالتالي فإن المصلحة المتعاقدة لا تستطيع تعديلها أو نقضها إلا بموافقة الطرف الآخر، إذ أنه من غير الجائز اعتبار مصلحة المتعاقد المالية متعارضة مع مصلحة الدولة المالية لمجرد كون المتعاقد يطمح من وراء تعاقده إلى تحقيق الربح[2].

---

[1]- بوضياف عمار ، المرجع السابق، ص 160
[2]- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية،2006، ص 496

ونظرا لأهمية هذا الضمان لكلا طرفي الصفقة فإن المشرع لم يغفل تنظيمه وكيفيات استيفائه من قبل المصلحة المتعاقدة، بحيث تعرض النظام القانوني للصفقات العمومية لآليات تحديد السعر بكل وضوح وطابعه وكيفيات دفعه أيضا.

**1. آليات تحديد السعر في الصفقة العمومية:**

تنص المادة 51 من قانون الصفقات العمومية على أنه:

" يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

- بالسعر الإجمالي والجزافي
- بناء على قائمة سعر الوحدة
- بناء على النفقات المراقبة
- سعر مختلط ".

**أ. السعر الإجمالي الجزافي:**

أغفلت كل التنظيمات القانونية للصفقات العمومية تعريف هذا الأسلوب،باستثناء دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والمواصلات والمصادق عليه بموجب القرار المؤرخ في 1964/11/21، الذي أفاد الجزء أ من الفقرة ب من المادة الأولى منه على أن: «الصفقة المبرمة وفقا للسعر الإجمالي الجزافي هي تلك الصفقة التي يكون فيها العمل المطلوب إنجازه من طرف المقاول محدد تماما والسعر محدد إجماليا ومسبقا».

وعليه يتم الاتفاق مسبقا على السعر الإجمالي الجزافي وبشكل نهائي غير قابل للتغيير أو التعديل إلا في حالة القوة القاهرة وتوافر شروطها[1].

ومن ثم فقد كرس هذا النص المفهوم المطلق للسعر الجزافي المنصوص عليه في المادة 1/561 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه :" إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأي زيادة في الأجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على الأجرة ".

وقد يكشف الواقع العملي عن تفضيل هذا الأسلوب في تحديد المقابل المالي الذي يتلقاه المتعامل المتعاقد خاصة أن الفقرة الأخيرة من نص المادة 51 تفيد بأن:« يمكن المصلحة المتعاقدة مراعاة إحترام الأسعار تفضيل دفع مستحقات الصفقة وفق صيغة السعر الإجمالي الجزافي»، وهو ما كرسه أيضا مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 2004/04/15 والذي جاء في حيثياته:

"إن الحساب العام النهائي هو الحساب الأخير لتحديد المبلغ الإجمالي للصفقة، حيث أن الحساب العام النهائي ثابت وغير قابل للمساس به مادامت الشكاوي اللاحقة غير مقبولة.

---

[1]- انظر: المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964

حيث أنه ينبغي التذكير مرة أخرى بأن المقاولة المستأنفة كانت مقيدة بالحساب العام والنهائي الذي أمضته ولا يمكنها المطالبة إلا بما تم تحديده في هذا الحساب"[1].

**ب. السعر بناء على قائمة الوحدة:**

لم يتطرق التنظيم الأخير للصفقات العمومية لتعريف هذا الأسلوب، على خلاف دفتر الشروط الإدارية العامة الذي أوضح في الجزء ب من الفقرة ب من المادة الأولى على أن: «الصفقة بناء على السعر الأحادي هي الصفقة التي يتم فيها تسديد السعر بتطبيق الأسعار الأحادية على الكميات الحقيقية المنفذة، ويمكن أن تكون الأسعار الأحادية إما محددة خصيصا لصفقة معينة (القائمة) وإما أن تكون على أساس مجمع (المجموعة) موجودة مسبقا تسمى السلسلة»[2].

كما تعرض الأمر رقم 67-90 إلى أن الصفقة يمكن أن تتحمل سعرا إجماليا جزافيا عن مجموع الخدمات المطلوبة، وإما عدة أسعار موحدة يحدد على أساسها سعر التسديد تبعا للأهمية الحقيقية للخدمات المؤداة.

وبناء عليه تم تحديد الثمن على أساس قائمة سعر الوحدة بضرب ثمن الوحدة في عدد الوحدات المشابة لها، وإن تضمنت الصفقة أكثر من صنف للوحدات فتحدد ثمن كل صنف من الوحدات المماثلة أو المشابة، ثم نقوم بجمع أثمان هذه الأصناف المتشابة لنحصل على سعر الصفقة الكامل.

ومنه فإن الثمن النهائي في هذه الحالة لا يعرف مسبقا، والمعروف أنه عند إبرام العقد هو أن ثمن الوحدة يكون ثابتا، و ما هو متغير فهو الثمن الإجمالي لأنه مرتبط بالقيمة المنجزة فعليا، ويتم الاعتماد على هذا الأسلوب خاصة في صفقات اقتناء اللوازم والتوريدات.

**ج .السعر بناء على النفقات المراقبة:**

ورد ذكره في المادة 51 من قانون الصفقات العمومية دون تعريفه، في حين أفاد دفتر الشروط الإدارية العامة في الجزء ج من الفقرة ب من المادة الأولى منه أن: « الصفقة على أساس النفقات المراقبة هي تلك الصفقة التي تكون فيها النفقات الحقيقية والمراقبة للمقاول من (يد عاملة، مواد مستهلكة، إيجار العتاد، نقل،...الخ) لتنفيذ عمل محدد، والتي يتم تسديدها كليا بتطبيق معاملات الزيادة أخذا بعين الاعتبار التكاليف العامة وهامش الربح»[3].

ومنه فالسعر الذي يتقاضاه المقاول المتعاقد وفق هذا الأسلوب لا يكون محددا أو معرفا عند إبرام الصفقة، لكن المحدد هو معايير ومقاييس المراقبة وما سينفقه المتعامل المتعاقد أثناء انجازه للخدمة، لذا يجب أن تذكر وتحدد طبيعة وطريقة الحساب وقيمة مختلف العناصر المتعاقد عليها لأجل تحديد الثمن الواجب الدفع[4].

---

[1]- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى ، الصادر بتاريخ 2003/04/15 ،ملف رقم 8072، مجلة مجلس الدولة، العدد4، 2003، ص81 وما يليها.

[2]- ورد باللغة الفرنسية كم يلي:

« Le marché à prix unitaires est celui oŭ le règlement est effectué en appliquant les dits prix unitaires aux quantités réellement exécutées, les prix unitaires peuvent être soit spécialement établis pour le marché considéré – bordereau -, soit basé sur ceux d'un recueil existant (série) »

[3]- ورد هذا النص باللغة الفرنسية كما يلي:

«le marché sur dépense contrôlées est celui dans lequel les dépenses réelles est contrôlées de l'entrepreneur ( mains d'œuvre , matériaux, matières consommables, location de matériel,transport,….etc.) pour l'exécution d'un travail déterminé , lui sont intégralement remboursées,effectuées de coefficients de majoration ,tenant compte des frais généraux et du bénéfice ».

[4] - SABRI (M), AOUDIA (K), LALLEM (M) , op.cit p 69

فالمصلحة المتعاقدة تحدد المقابل المالي بعد قيام المتعامل المتعاقد بتنفيذ الصفقة بشكل فعلي، وبعد معاينتها ومراقبتها لما تم انجازه ميدانيا، بالإضافة لتحريها لكل النفقات والمصاريف الحقيقية التي يتحملها المتعامل المتعاقد وكذا ربحه، وهذه الآلية مطبقة أكثر في صفقات الأشغال، لأن طبيعتها تتوافق مع هذا الأسلوب إذ يمكن المصلحة المتعاقدة معاينة الأشغال المنجزة فعليا وتقديرها نقدا وفقا للمعايير المحددة سلفا.

**د. تحديد الأجر بسعر مختلط:**

طبقا لنص المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250، يعد السعر المختلط أحد أساليب تحديد المقابل المالي الذي يأخذه المتعامل المتعاقد لقاء تنفيذه الصفقة، وقد أغفل التنظيم الأخير تعريفه كما أغفلته التنظيمات السابقة،إلا أنه يستخلص من مصطلح " مختلط" ، أن هذا الأسلوب يفترض منه أن يكون جامعا بين أسلوبين من أساليب تحديد الثمن كأن يجمع بين السعر بناء على قائمة سعر الوحدة وكذلك السعر بناء على النفقات المراقبة.

وعليه فإن السعر يكون مختلطا عندما يتم تقييم جزء من الخدمات المنفذة في الصفقة بسعر جزافي والجزء الآخر بسعر بناء على قائمة سعر الوحدة.

وعمليا هذا النوع من السعر نجده يستعمل في صفقات الأشغال، بحيث يتم الحساب بطريق أو سعر إجمالي جزافي للبنية القاعدية بالنسبة للكميات المنجزة فعليا، أما بالنسبة للبنية الفوقية للانجازات يتم تقييمها على أساس سعر النفقات المراقبة عادة.

**2. طابع السعر في الصفقة:**

عموما ومهما كان أسلوب تحديد السعر ، فإن هذا الأخير غير قابل للتغيير من حيث المبدأ، إلا في حالة استثنائية قد ترد على هذا المبدأ تمليها إرادة المتعاقدين وأخرى ظروف خارجية وقد أفادت المادة 52 من قانون الصفقات العمومية بإمكانية أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة، وفي الحالة الأخيرة يجب أن تحدد الصفقة صيغته أو صيغ مراجعته وكذلك كيفيات تطبيقها.

**أ- السعر الثابت:**

ورد في نص المادة 52 دون تعريف، مما يتعين الاستعانة بالتنظيمات السابقة للصفقات العمومية للوقوف على مفهوم السعر الثابت ومنها الأمر رقم 67-90 الذي عرفه بنص المادة 26 منه على أنه "تكون الأسعار نائية أو قابلة للمراجعة، فالأسعار النهائية هي التي لا يمكن تعديلها بسبب تغير الظروف الاقتصادية وعلى العكس في ذلك تكون الأسعار قابلة للمراجعة" ، وعليه فإن للسعر الثابت مفهوم مرن فهو ذلك السعر أو الثمن الذي تم تحديده و الاتفاق على تأديته للمتعامل المتعاقد عند إبرام الصفقة، دون إمكانية تغييره أو تعديله أو مراجعته لاحقا، ومن ثم فإنه لا يعد السعر ثابتا إذا كان قابلا لذلك لأن الأسعار الثابتة هي تلك الأسعار التي لا تتغير خلال فترة العقد لا على مستوى الطوارئ والتغيرات التكنولوجية ولا على صعيد الشروط الاقتصادية[1].

**ب- السعر القابل للمراجعة:**

---

[1] - SABRI (M), AOUDIA (K), LALLEM (M), op.cit p70

إكتفى المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بتحديد شروط إعمال المراجعة في بعض النصوص دون إعطاء تعريف لهذا النوع ، ومما تعنيه المراجعة أن السعر الابتدائي المتفق عليه لم يعد صالحا نتيجة حصول طوارئ اقتصادية حدثت أثناء تنفيذ الصفقة ، لأن المراجعة تنصب على الخدمات المنفذة فعلا والمؤداة حسب شروط الصفقة بشكل مطابق لما اتفق عليه.

فالهدف من اشتراط مراجعة السعر هو جعل السعر المحدد في العقد مناسبا مع الظروف الجديدة والمحددة في العقد، وهي ظروف معروفة قبل وقوعها لهذا يمكن تنظيمها مسبقا، فالأمر يتعلق بتكييف الثمن وفقا لتطور ظروف محددة في العقد[1].

والمراجعة مبدئيا لا تنصب إلا على جزء من الصفقة المنفذة في ظروف جديدة نتيجة لطوارئ وتغيرات اقتصادية غالبا، لكنها يمكن أن تكون شاملة لكامل الصفقة عندما تكون التغيرات مباشرة بعد الأمر بالتنفيذ، ولا يمكن العمل ببند مراجعة السعر في الحالات التالية:

- في الفترة التي تغطيها آجال صلاحية العرض.
- في الفترة التي يغطيها بند تحيين الأسعار عند الاقتضاء.
- أكثر من مرة واحدة كل ثلاثة أشهر[2].

أما عن صيغة المراجعة فلا يكون السعر قابلا للمراجعة إلا إذا كان محل اتفاق يدرج كبند في بيانات الصفقة وتتضمنه بشكل صريح بحيث يتم الاتفاق على صيغة رقمية جبرية للمراجعة تأخذ بعين الاعتبار مختلف العناصر المكونة للسعر، لأن هذه العناصر لا تخضع لسلطان الإرادة مطلقا وحسب رغبة أصحاب الصفقة، فقانون الصفقات يفرض هوامش ثابتة لا يمكن أن تكون محل مراجعة، إذ يجب أن تراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة، وهذا من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد والمعاملات الواجب مراعاتا في صيغ مراجعة الأسعار هي:

- المعاملات المحددة مسبقا والمذكورة في وثائق المناقصة المفتوحة أو المحددة والاستشارة الانتقائية.
- المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة مبرمة بأسلوب التراضي[3].

ويشترط قانون الصفقات العمومية أن تشمل صيغ المراجعة على ما يلي:

1. جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن النسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي ومهما يكن من أمر لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن 15% أي أن المتعامل المتعاقد يتحمل جزء من أعباء هذه التغيرات الطارئة أثناء تنفيذ العقد لا يقل عن هذه النسبة، والتي تمثل الجزء الثابت الذي لا تشمله صيغة المراجعة.
2. حد استقرار التغير في الأجور وقدره 5% فالمصلحة المتعاقدة لا تأخذ على عاتقها كل المتغيرات الحاصلة في الأجور، فتعفي نفسها من السنة السابقة وهو ما يعرف بحد استقرار التغير.
3. تطبيق الأرقام الاستدلالية للأجور وللمواد المطبقة و معامل التكاليف الاجتماعية، وهي الأرقام التي تم الموافقة عليها من طرف وزير المالية وتنشر في الجريدة الرسمية والنشرة الرسمية للمتعامل العمومي وفي كل نشرية أخرى مؤهلة لاستقبال

[1]- معاشو عمار، مرجع سابق، ص 105
[2]- أنظر: المادة 55 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250
[3]- انظر: المادة 55 من المرسوم رقم 02-250

الإعلانات القانونية والرسمية وتطبق المصالح المعنية الأرقام الاستدلالية ابتداء من تاريخ موافقة الوزير المكلف بالمالية فيما يتعلق بالمتعامل الوطني.

أما المتعاملين المتعاقدين الأجانب فهناك مرونة من جانب التنظيم باستعمال الأرقام الاستدلالية الرسمية لبلد المتعامل المتعاقد الأجنبي أو أرقام استدلالية أخرى في حالة مراجعة الأسعار وتدفع مبالغها بالعملة الصعبة[1].

أما فيما يخص تاريخ سريان المراجعة، فإن نقطة انطلاق تطبيق بند المراجعة محددة ضمنيا في المادة 55 من قانون الصفقات العمومية ويكون له بذا الشكل نقطتي انطلاق:

1- تكون انطلاقا من تاريخ انتهاء مدة صلاحية العرض في حالة عدم وجود تحيين للأسعار.

2- في حالة الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات أو الأشغال عندما يكون هناك تحيينا، وفي جميع الأحوال فإن إعمال صيغة المراجعة لا يكون إلا خلال فترة تنفيذ الصفقة المحددة من كلا الطرفين.

كما يمكن أن يكون بند المراجعة موضوعا لتحديدات تعاقدية اتفاقية بين الأطراف، أو تبين حدود قصوى وأخرى دنيا لا تلتزم المصلحة المتعاقدة بتحمل تغيراتا، ومن ثم فسخ الصفقة.

وتعرف بسند الحماية، عتبة المراجعة، الأولى لحماية المصلحة المتعاقدة من الزيادات المفرطة والثانية من الزيادات البسيطة.

وعموما تكون صيغة المراجعة بالشكل التالي:

P=V.PO حيث أن:

- P يمثل سعر المراجعة.
- V هو معامل المراجعة.
- PO سعر الصفقة (السعر الابتدائي).

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 33 في فقرتا الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 تحمل حكما مناقضا للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 فيما يخص صيغة المراجعة إذ تجعل من تغير الأسعار سببا كافيا لفسخ الصفقة ولا يطبق السعر المراجع إلا في الفترة الممتدة بين طلب الفسخ والفسخ النهائي وهنا يطرح التساؤل حول الهدف من مراجعة أسعار الصفقة إذا كانت هذه الأخيرة سوف تفسخ وبالتالي هناك تضارب بين أهداف المراجعة في كل من قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 ودفتر الشروط الإدارية العامة حيث إن الهدف من المراجعة في الأول هو ضمان توازن الصفقة ماليا أما الثاني فهو فسخ العقد نائيا.

وللإشارة فإن معظم الصفقات التي تبرمها الدولة عموما تنص في بنودها على أن الأسعار تكون مغلقة وغير قابلة للتحيين ولا للمراجعة وهو ما يمثل إجحافا في حق المتعامل المتعاقد وتقليصا للضمانات المقررة له.

وعلاوة على بند المراجعة، هناك ما يعرف بالتحيين ، وهو عملية إعادة النظر والتقييم للأسعار المتفق عليها في انجاز صفقة نظرا للتقلبات الاقتصادية التي تؤثر انعكاساتا على الأسعار وتغطي هذه العملية الفترة الممتدة من نااية صلاحية العرض إلى الأمر بالبدء بالأشغال (ODS).

---

[1]- أنظر: المادة 57 من المرسوم رقم 02-250

وقد نصت المادة 53 من قانون الصفقات العمومية على شروط تطبيق عملية التحيين، بحيث يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها باتفاق مشترك إذا كان يفصل بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمة أجل يفوق مدة صلاحية العرض وكذلك إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك.

يتبين لنا من خلال نص المادة المذكورة أن موضوع التحيين ينصب على مراجعة السعر الابتدائي المتفق عليه في صفقة عمومية تحملت مرور مدة زمنية تفوق أجل صلاحية العرض والمحصورة بين التاريخ المحدد لإيداع العرض، وتاريخ الأمر بالبدء في تنفيذ الخدمات والأشغال، شريطة أن يحدث خلال هذه الفترة تغيرات في الظروف الاقتصادية حتمت ذلك.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة تحيين أسعار صفقة مبرمة بإجراء التراضي عند انقضاء أجل صلاحية الأسعار المحددة في التعهد والذي يفصل بين تاريخ إمضاء المتعامل المتعاقد الصفقة وتاريخ التبليغ بالشروع في تقديم الخدمة طبقا للمادة 2/53 من قانون الصفقات العمومية ولتطبيق عملية التحيين يجب تضافر 03 عناصر وهي:

1- **مدة صلاحية العرض:**

لم يحدد قانون الصفقات العمومية هذه المدة وتركها للسلطة التقديرية للمصلحة المتعاقدة، تبعا لعناصر معينة كتعقيد موضوع الصفقة المزمع طرحها والمدة التقديرية اللازمة لإيصال العروض، غير أن المشرع قد ألزم المصلحة المتعاقدة بالتقيد بالاعتبارات السابقة وشروط المادة 40 من المرسوم الرئاسي 02-250 من حيث وجوب احتواء إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية والمتمثلة في تاريخ آخر أجل ومكان إيداع العروض وتلزم أيضا بإعلانه وتبيانه للمترشحين.

1) **التاريخ المحدد لإيداع العروض:**

طبقا للمادة 44 من قانون الصفقات العمومية فإن التاريخ المحدد لإيداع العروض متروك لتقدير المصلحة المتعاقدة، بشرط أن يكون الأجل المحدد واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين مع إمكانية تمديده إذا اقتضت الظروف ذلك.

2) **تاريخ الأمر بالشروع** في **تنفيذ الخدمات:**

يشكل هذا التاريخ عنصرا محددا لإعمال قواعد التحيين للسعر الابتدائي لصفقة ما،فهذا التاريخ لا يكون معلوما عند إبرام هذه الصفقة، إذ يتم تحديده و ضبطه لاحقا عندما تصدر المصلحة المتعاقدة أمرا بالشروع في التنفيذ، لأنه إذا تأخر صدور هذا القرار وكان هذا التأخير مدته تفوق مدة صلاحية العرض، فإن هذا التأخير يحمل مجالا لتحيين السعر الابتدائي للصفقة.

ولتضمين بند التحيين في الصفقة العمومية، ينبغي مراعاة الشروط المنصوص عليها في المادة 54 من قانون الصفقات العمومية وهي:

**أ/** تحديد **مبلغ التحيين**:

هناك طريقتان هما:

**- الأولى:** الطريقة الجزافية وتسمح بتقدير الزيادة في السعر الابتدائي بتحديد ثمن إجمالي باتفاق مشترك بين طرفي العقد.

**- الثانية:** طريقة المعادلة بأن يتبنى طرفا العقد صيغة مراجعة رقمية جبرية، وقد استعمل التنظيم صيغة مراجعة دون تحديد طابعها المبسط، كما لم يتنازل عن الجزء الثابت ولا عن حد الاستقرار المعروف في المراجعة.

وهنا نستنتج أن التحيين يكتسي طابقا **استثنائيا**، بمعنى أن اللجوء إلى إدخال بند تحيين في الصفقة العمومية بإحدى الطريقتين سالفتي الذكر ما ينبغي أن يحتفظ بطابع محدد، فالمادة 54 من قانون الصفقات تدعو كل من المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد إلى استعمال غير متكرر لبند التحيين.

غير أن نفس المادة لا تحدد على الإطلاق الحالات التي ينحصر فيها تضمين بند التحيين.

**ب/ مجال تطبيق التحيين:**

لا يتم إلا على الفترة المحصورة بين تاريخ آخر أجل لصلاحية العرض، وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات التعاقدية، والتي تفوق مدتا مدة صلاحية العرض، علما أن الأرقام الاستدلالية القاعدية التي يجب مراعاتا في ذلك هي أرقام شهر نابة صلاحية العرض.

**3) الطابع التعاقدي لبند التحيين:**

كرست المادة 54 من قانون الصفقات العمومية الطابع التعاقدي الاتفاقي لتحيين السعر الابتدائي والذي يعتبر أحد الشروط الجوهرية لإعمال صيغة التحيين وبعبارة أخرى إذا سكتت الصفقة على إدخال بند تحيين فهذا يعني أن طرفي العقد قد اتفقا على سعر ثابت.

إلا أن نفس المادة أفادت بإمكانية السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخير في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وكما تطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.

بناء على ما تقدم ومن خلال التجربة الميدانية، يتضح جليا بأن النظام القانوني للصفقات العمومية وكذا الممارسة العملية تفضل السعر الثابت وغير القابل للمراجعة، وهي أسباب ترتبط أساسا بتحقيق اقتصاد ووفرة الأموال العمومية، وفي جملة أخرى لا يمكن أن ننكر بأن إعمال السعر الثابت بصورة مطلقة من شأنه أن تكون له انعكاسات سلبية على المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معا.

**الفرع الثاني: آليات دفع الثمن (المقابل)**

يخضع الحصول على المقابل المالي لقاعدة عامة أساسية وهي : "الدفع بعد تأدية الخدمة" ، ويقصد با أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع المقابل المالي للمتعاقد معها إلا بعد انجاز موضوع الصفقة سواء القيام بالخدمة أو تسليم التوريدات المطلوبة[1]، وهذا باعتبار أن المقابل المالي يشكل نفقة عامة تدفع بمناسبة تنفيذ صفقة عمومية لذا فهي تخضع وجوبا لقواعد المحاسبة العمومية.

وفي هذا اﻟﺎل وتخفيفا من صرامة هذا المبدأ، و بما أن صفقات اللوازم والأشغال تتطلب في أكثر الأحيان تمويلا معينا وعبئا ماليا قد لا يستطيع الفرد تحمله لوحده حتى اكتمال التنفيذ، إعتبر قانون الصفقات العمومية في المادة 61 منه

[1]- لباد ناصر ، مرجع سابق، ص443

أن التسوية المالية للصفقة تتم بالتسبيقات و/أو الدفع على الحساب وبالتسوية على رصيد الحساب وهي الكيفيات التي سنتعرض لها تباعا.

1. **التسبيق:** l'avance

تعد التسبيقات تسوية مالية جزئية غير نائية لثمن الصفقة ،وتعرف على أنا مبالغ مالية تدفع من قبل الإدارة للمتعاقد معها على حساب الثمن النهائي وقبل أداء وتنفيذ الخدمة[1].

وهو نفس التعريف الذي اعتمده المرسوم الرئاسي 02-250 في المادة 62 منه.

**أ – أنواعه:** نصت المادة 64 من قانون الصفقات العمومية على أنه: " تسمى التسبيقات حسب الحالة جزافية أو على التموين ".

1- **التسبيق الجزافي:**

هو ذلك المبلغ المدفوع من قبل المصلحة المتعاقدة قبل الشروع في أداء الخدمة موضوع الصفقة للمقاول أو المورد بناء على نسبة محددة في الصفقة، والتي يجب ألا تتجاوز العتبة المحددة في التنظيم والمقدرة بـ 15% من سعر الصفقة.

ومنه فإن سعر الصفقة الأولي هو الوعاء لتحديد التسبيق الجزافي، والذي لا يتجاوز نسبة 15% حسب المادة 65 من قانون الصفقات العمومية، وبصفة استثنائية يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدفع تسبيقا جزافيا يفوق نسبة 15% إذا كانت قواعد الدفع أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي يترتب عن رفضها ضررا أكيدا لها بمناسبة التفاوض على صفقة، لكن بعد الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو الوالي حسب الحالة وبعد استشارة لجنة الصفقات المختصة[2].

وحسب المادة 67 يمكن دفع التسبيق الجزافي إما مرة واحدة أو على عدة أقساط، تنص الصفقة على تعاقبها الزمني.

2- **التسبيق على التموين:**

وخصص فقط لصفقات الأشغال والتوريد حتى يمكن للمتعاقدين من الحصول على تسبيق على التموين إلى جانب التسبيق الجزافي إذا ما أثبتوا إبرام عقود أو تقديم طلبات مؤكدة للمواد أو المنتجات الضرورية لتنفيذ الصفقة، وفي هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها تعهدا صريحا بإيداع تلك المواد والمنتجات في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم تنفيذ موضوع الصفقة، وفي حالة عدم قيامه بذلك يلزم بإعادة التسبيق[3].ولهذا التسبيق خطورة تظهر في الأحوال التي يقوم فيها المتعاقد بالتصرف أو باستخدام تلك المواد أو المنتجات لأغراض غير مخصصة لموضوع الصفقة المتعاقد عليها[4]، لاسيما أمام سكوت المشرع في هذه المسألة.

---

[1] - GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1,droit administratif général ,16 ème L.G.D.J-DELTA Paris, édition 2002,p707

[2]- أنظر: المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[3]- أنظر: المادة 68 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[4]- رياض عيسى ، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري ، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985، ص49.

لم يحدد قانون الصفقات العمومية نسبة معينة من التسبيق على التموين كما هو الشأن بالنسبة للتسبيق الجزافي، ولكنه أفاد بعدم إمكانية تجاوز المبلغ الجامع بين التسبيق الجزافي و التسبيقات على التموين في أي وقت من الأوقات نسبة 50% من المبلغ الإجمالي للصفقة و هذا حسب نص المادة 70 من قانون الصفقات العمومية.

ومنه فان التسبيقات على التموين والمعرفة أيضا بالتسبيقات على المنتوجات والمواد محددة بـ 35 % من سعر الصفقة إذا كان التسبيق الجزافي محدد بـ 15% مقسم عموما إلى حصص[1].

**ب- مدى إلزامية التسبيق:**

إن السؤال المطروح في هذا الصدد: هل أن التسبيق وجوبي إلزامي؟ أم اختياري؟

أي هل هو حق مكفول للمتعامل المتعاقد يمكن أن يطالب به حتى في غياب بند صريح في شأنه؟

الحقيقة أن صياغة أحكام التسبيق الجزافي في تنظيم الصفقات العمومية لا تقدم أية إجابة لهذا السؤال، فلم تحدد لا طابعه الإلزامي ولا الجوازي ، وبناء عليه إذا ضمن هذا النوع من التسبيق في الصفقة بشكل صريح، فإنه يفتح المجال واسعا للمتعامل المتعاقد للمطالبة به، أما إذا لم ينص عليه في بنود الصفقة فإنه من المنطقي ألا يشكل حقا من حقوق المتعامل المتعاقد .

أما فيما يخص التسبيق على التموين كما بينته المادة 68 من قانون الصفقات العمومية أن له **طابع جوازي** فهو مجرد إمكانية وليس التزاما بالنسبة للمصلحة المتعاقدة ومنه لا بد أن يضمن في بند تعاقدي أثناء إبرام الصفقة.

**2. الدفع على الحساب:** l'acompte

عرفته المادة 62 من المرسوم الرئاسي 02-250 على أنه: " الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة " ، ومنه فهو تسوية جزئية لمبلغ الصفقة تتم قبل التنفيذ الكامل لها، وهذا نظير تنفيذ جزئي للخدمة محل الاتفاق في الصفقة، ويتم ذلك وفقا لنسب ومعدلات تضبط باتفاق مشترك بين طرفي الصفقة ، لأن الدفع على الحساب يكتسي طابعا اختياريا وليس إلزاميا، لذا ينبغي أن يكون محل بند صريح بالصفقة.

**أ- أنواع الدفع على الحساب:** بالرجوع إلى المادتين 72 و 73 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 نجد أن للدفع على الحساب أنواع وهي:

1) **الدفع على الحساب على إثر القيام بعمليات جوهرية:**

تدفع إذا اثبت القيام بعمليات جوهرية وأساسية في إطار تنفيذ صفقات الأشغال أو الخدمات، والتنظيم حصرها في هذين النوعين من الصفقات.

2) **الدفع على الحساب على التموين بالمنتوجات[2]:**

---

[1] - SABRI (M), AOUDIA (K), LALLEM (M) , op.cit p188

[2]- تجدر الإشارة إلى أنه ورد خطأ في نص المادة 02/72 باللغة العربية حيث استعمل مصطلح "تسبيقات" بدلا من " دفع على الحساب" كما هو مبين في النص باللغة الفرنسية.

يصرف هذا النوع بمجرد التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة، والتي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين والمواد الأولية، والأشياء المصنعة وغيرها والتي تدخل في تركيب المواد الضرورية للأشغال، وهذا حتى نسبة80 % من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة للصفقة على أساس الكميات المعاينة، ولا يستفيد المتعامل المتعاقد من هذا الدفع على الحساب إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر.

3) **الدفع على الحساب على أساس دفع الأعباء الاجتماعية:**

وهذا النوع مكرس ضمنيا بموجب المادة 73 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 والتي تنص بشكل صريح وآمر على وجوب تقديم المتعامل المتعاقد جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص وإثبات صرفه لهذه الأعباء.

**ب- مجال تطبيق الدفع على الحساب:**

المعروف أن المتعامل المتعاقد له الحق في الدفع على الحساب في بعض أصناف الخدمات المحددة في صفقات الأشغال والخدمات فقط، بمعنى أن صفقات اللوازم (التوريدات ) وصفقات الدراسات مستثناة من تطبيق هذه الدفوعات نظرا لطبيعتها التي لا تتطلب مثل هذا التموين الجزئي وهذا ما تم تبنيه في المادة 1/72 من قانون الصفقات العمومية.

ويتم الدفع على الحساب شهريا ، ويمكن أن تنص الصفقة على فترة أطول تتلاءم مع طبيعة الخدمات، ويتوقف هذا الدفع على تقديم الوثائق التالية:

- محاضر أو كشوف حضورية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها.
- جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من قبل المصلحة المتعاقدة.
- جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية مؤشر عليه من طرف صندوق الضمان الاجتماعي المختص[1].

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنح بصفة استثنائية تسبيقا على دفع الحساب مع مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول با، وكذا الشروط الصريحة المحددة بنص المادة 79 من المرسوم الرئاسي رقم 02-205 وهذه الشروط تتمثل في:

- انقضاء الأجل التعاقدي لتسوية طلب الدفع على الحساب الذي يقدمه المتعامل المتعاقد.
- عدم تجاوز مبلغ التسبيق بأي حال من الأحوال 80 % من مبلغ الدفع على الحساب.
- لا يجوز أن تتجاوز الاستفادة من هذا التسبيق الإضافي لدى جمعها من التسبيقات الممنوحة، بأي حال من الأحوال 70 % من المبلغ الإجمالي للصفقة، ويسدد هذا التسبيق خلال الآجال والإجراءات الأكثر سرعة، وتتم تسوية ذلك حسب الكيفيات نفسها.

**ج- تسديد الدفع على الحساب:**

يتم تسديد هذه الدفوعات بطلب من المتعامل المتعاقد وليست آلية تبعا للتبريرات القانونية أو المعاينات التي تجريها المصلحة المتعاقدة، التي ينبغي عليها صرف الدفوعات على الحساب في أجل 30 يوما إبتداء من استلام الكشف أو

---

[1]- أنظر: المادة 73 من المرسوم الرئاسي 02-250

الفاتورة، ويمكن منح أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية وهذا دون أن يتجاوز أجل شهرين ويحدد أجل صرف هذه الدفوعات في الصفقة، وتعلم المصلحة المتعاقدة كتابيا المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع يوم إصدار الحوالة "le mandat".

وفي حالة عدم مراعاة هذا الأجل، يخول للمتعامل المتعاقد الحق في استلام فوائد التأخير " intérêts moratoires" محسوبة على أساس نسبة الفائدة المطبقة على القروض قصيرة المدى، ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ نهاية الأجل حتى يوم 15 مدرجا بعد تاريخ صرف الدفوعات على الحساب[1].

وهنا نجد بأن قانون الصفقات العمومية قد وفر ضمانة قانونية للمتعامل المتعاقد تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة من حيث:

- الالتزام بآجال الدفع المنصوص عليها مع ضرورة إعلام المتعامل المتعاقد كتابيا بتاريخ الدفع يوم إصدار الحوالة.
- حماية حقوق المتعامل المتعاقد من جراء فرض غرامات تأخيرية عن عدم احترام هذه الآجال.

3. **التسوية على رصيد الحساب:**le règlement pour solde

عرفتها الفقرة الأخيرة من المادة 62 من قانون الصفقات العمومية على أنها الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها.

**أ- صور التسوية على رصيد الحساب:** تتخذ هذه الطريقة صورتين هما:

1- **التسوية على رصيد الحساب المؤقت:**

لا يمكن تطبيق هذه التسوية إلا إذا نصت عليها الصفقة، وهي ترمي لدفع المبالغ المستحقة للمتعامل المتعاقد بعنوان التنفيذ العادي للخدمات المتفق عليها، مع اقتطاع ما يلي:

* اقتطاع الضمان المحتمل.
* الغرامات المالية التي تبقى على عاتق المتعامل عند الاقتضاء.
* الدفوعات المتعلقة بالتسبيقات والدفع على الحساب بمختلف أنواعها والتي لم تسترجعها المصلحة المتعاقدة بعد[2].

2- **التسوية على رصيد الحساب النهائي:**

أفادت المادة 75 من قانون الصفقات العمومية أنه يترتب على هذه التسوية رد اقتطاعات الضمان وشطب الكفالات التي كونها المتعامل المتعاقد عند الاقتضاء وهذا بعد تنفيذ الصفقة والأداء المرضي لها.

**أ- تسديد رصيد الحساب:**

يتوقف التسديد النهائي لثمن الصفقة على تمام انجاز العمل الذي تم التعاقد من أجله، بحيث تقوم الإدارة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة، وتتأكد من مطابقة ذلك العمل أو تلك السلعة لشروط العقد.

---

[1]- أنظر: المادة 77 من المرسوم الرئاسي 02-250

[2]- أنظر: المادة 74 من المرسوم الرئاسي 02-250

وهذا ما ورد في نص المادة 76 من قانون الصفقات العمومية التي أوضحت أنه:"يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع، ويبدأ سريان الآجال اعتبارا من تقديم حائز الصفقة طلبا بذلك مدعما بالتبريرات الضرورية".

وبعد عملية إثبات أداء الخدمات المتعاقد عليها في الصفقة يتعين على المصلحة المتعاقدة صرف التسوية النهائية في أجل لا يتجاوز 30 يوما ابتداء من استلام الكشف أو الفاتورة، غير أنه يمكن تحديد أجل أطول لتسوية بعض أنواع الصفقات بقرار من الوزير المكلف بالمالية وهذا دون أن يتجاوز هذا الأجل شهرين وتعلم المصلحة المتعاقدة كتابيا المتعامل المتعاقد بتاريخ الدفع يوم إصدار الحوالة[1].

ومما سبق عرضه، يمكن القول بأن التنظيم الأخير للصفقات العمومية قد كان حريصا على تحديد التزامات المصلحة المتعاقدة خصوصا مسألة احترام آجال الدفع حيث يلاحظ في الواقع العملي، تأخر هام هذه العملية الحساسة وهو ما لا يشجع المتعاملين المتعاقدين الذين لا يملكون إمكانيات أو لا تسمح لهم إمكانياتم المالية المحدودة بتحمل تأخر الدفع لمدة طويلة[2].

كما أن إقرار المشرع بدفع فوائد عن التأخير في حالة عدم احترام مهلة الدفع المنصوص عليها في المادة 77 من المرسوم الرئاسي 02-250 هو ضمان حقيقي لحقوق المتعامل المتعاقد وفي المقابل ألزم الإدارة المتعاقدة بتوفير الجو المناسب لتنفيذ الصفقة[3] .

## الفرع الثالث: التعويض المحتمل

طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني، فإن الإدارة إذا تسببت في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض و لا يتأتى له ذلك إلا بإعمال المسؤولية المدنية للإدارة المتعاقدة، فالتجاوز أو الخرق قد يحدث من جانب المصلحة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ بنود العقد، فتلزم عندئذ بالتعويض وفي كل الحالات وجب اللجوء للقضاء المختص وأن يثبت المتعامل المتعاقد وقوع الخطأ من جهة المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد بنود العقد لأجل المطالبة بالتعويض أو حتى عند القيام بأعمال قانونية أو تحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات التعويض[4].

ولذلك فإن التزامات المصلحة المتعاقدة الناتجة عن إبرام الصفقة والتي يجب إتيانها تحت طائلة المسؤولية التعاقدية تتمثل خاصة فيما يلي:

1) تلتزم الإدارة المتعاقدة بالعقد الذي أبرمته ولا يجوز لها التحلل والتخلص من الرابطة التعاقدية بالعدول كلية عن العقد الذي أبرمته مع المتعامل المتعاقد.
2) تلزم المصلحة المتعاقدة بتنفيذ شروط الصفقة تنفيذا سليما.
3) تلتزم المصلحة المتعاقدة بالامتناع عن القيام بأي عمل أو إجراء يتعارض مع التزاماتا التعاقدية[5].

---

[1]- أنظر: المادة 77 من المرسوم الرئاسي 02-250
[2]- محيو أحمد ، مرجع سابق، ص 386
[3]- لباد ناصر ، مرجع سابق، ص 416
[4]- بوضياف عمار،الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 166
[5]- عوابدي عمار ، مرجع سابق، ص 220

و منه فالتزام الإدارة المتعاقدة بدفع التعويضات المحتملة مصدره إما العقد وبالتالي إثارة المسؤولية التعاقدية أو القانون و بالتالي إعمال قواعد المسؤولية الإدارية.

1. **التعويض بناء على مسؤولية الإدارة التعاقدية:**

هناك حالات يستحق فيها المتعامل المتعاقد تعويضا من جهة المصلحة المتعاقدة المسؤولة وفقا لبنود الصفقة على تنفيذ التزاماتا إزاءه بما يضمن تمتعه بالحقوق والامتيازات التي خولها له القانون، ومن بين أهم تلك الحالات :

**أ- المسؤولية العقدية** : إذا لحقت أضرار بالمتعاقد نتيجة وقوع أخطاء من جانب الإدارة المتعاقدة، أو سبب عدم تنفيذها للالتزامات الواقعة على عاتقها طبقا لشروط العقد، ومثال ذلك: عدم تقديم التسهيلات التي التزمت با إلى المتعاقد ليبدأ في تنفيذ العملية في عقود الأشغال العامة، أو التأخير في تسلم وسائل التوريد التي يرسلها المورد في عقود التوريد لمدة غير معقولة، ففي هذه الحالات تقوم مسؤولية الإدارة العقدية عن عدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد[1].

**ب- حالة قيام المتعامل المتعاقد بأعمال إضافية:** إذ يحق له أن يطالب بالتعويض المناسب نظير ما قام به من أعمال إضافية غير منصوص عليها في العقد، وقد عرف بعض الفقهاء الأعمال الإضافية بأنا الأعمال التي لم تدرج صراحة أو ضمنا في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها في العقد[2].

وهنا تجدر الإشارة إلى أن عبء الإثبات يترتب على المتعامل المتعاقد من وقوع الضرر الناتج عن خطأ ارتكبته المصلحة المتعاقدة بواسطة العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وبالتالي يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة المتعاقدة معه.

2. **التعويض على أساس القوة القاهرة:**

يقصد بالقوة القاهرة حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين يترتب عليه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الالتزامات التعاقدية[3].

وتبعا لذلك يشترط توافر ثلاثة شروط لتحقق القوة القاهرة وهي:

* وجود سبب خارجي لا يد للمتعاقد فيه.
* عدم توقع السبب الخارجي عند إبرام العقد.
* وجود إستحالة مطلقة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية.

وفيما يخص ورود شرط القوة القاهرة كمصدر للتعويض بالنسبة لقانون الصفقات العمومية، فلا توجد سوى المادة 95 من الأمر 67-90 التي تطرق لهده الفكرة على النحو الآتي:"... ولا يجوز الإعفاء من هذه العقوبات إلا بقرار من الوزير المعني أو عامل العمالة الذي يأخذ بعين الاعتبار الأحداث غير المتوقعة وغير الممكن مقاومتها التي من شأنا أن تمنع صاحب الصفقة من التقيد بآجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد.."

---

[1]- بسيوني عبد الغني عبد الله ، مرجع سابق، ص 205
[2]- رياض عيسى ، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العمومية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 4، ديسمبر 1987، ص 118
[3]- عبد الفتاح أبو الليل ، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2000، ص 122

وإذا كانت القوة القاهرة هي ذاتها المقررة في القانون الخاص إلا أن تفسيرها يأخذ بالنسبة للعقود الإدارية معنى أكثر صلابة، على اعتبار أن المتعامل المتعاقد مع الإدارة يقع عليه التزام ببذل أقصى الجهد في تنفيذ الصفقة الذي يرتبط بمفهوم تسيير المرافق العامة[1].

لذلك غالبا ما تحرص المصلحة المتعاقدة على ضبط كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة، وهذا ما سمح به تنظيم الصفقات العمومية بتضمين بند يتعلق بذلك (بند تكميلي)[2] .

وإذا كانت القوة القاهرة تمثل إحدى أسباب إعفاء المتعامل المتعاقد من مسؤوليته حسب الشروط المقررة لهذه الحالة وكذا بنود الصفقة، فإنها تعتبر مصدرا هاما في التعويض عن الأضرار والخسائر التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لوقوعها، وغالبا يتم النص على كيفية تقدير هذا التعويض بدفاتر شروط الصفقة المتعاقد عليها، كما أفادت المادة 50 من قانون الصفقات العمومية ولا بد من الإشارة إلى أن التعويض الممنوح في مثل هذه الحالات لا يقتصر فقط على الأضرار المادية، وإنما يشمل كل أنواع الخسائر كخسارة أماكن تخزين البضائع، والخسارة الناتجة عن أيام التأخير.

ومن جانب آخر لا يشمل التعويض ما فات المتعاقد من كسب ولا سيما في حالة الاتفاق على فسخ العقد، كما لا يشمل التعويض الأضرار التي أصابت الإنشاءات غير المرتبطة بتنفيذ العقد والتي لا تمثل ضرورة لهذا التنفيذ، وأخيرا لا يشمل التعويض الارتفاع المتلاحق للأسعار بعد وقوع الفعل الذي اعتبر كقوة قاهرة[3].

وعموما سنتطرق إلى موضوع القوة القاهرة في المبحث الثاني المتعلق بالضمانات المفروضة على كاهل المتعامل المتعاقد.

بناء على تم ذكره عن التزامات الإدارة المتعاقدة بضمان حق المتعامل المتعاقد في اقتضاء السعر المتفق عليه وكذا التعويض عن عدم الوفاء بالإلتزامات التعاقدية من خلال إثارة المسؤولية المدنية للإدارة، فإنه يترتب على المصلحة المتعاقدة ضمانا هاما لصالح المتعامل المتعاقد وهو مراعاة التوازن المالي للعقد.

## المطلب الثاني: ضمانات مراعاة التوازن المالي للصفقة

إن السعر المحدد بالاتفاق لا يمكن تغييره عادة، فالإدارة شأنها شأن المتعامل المتعاقد، ينبغي عليها تنفيذ التزاماتها بدفع السعر المتفق عليه في الصفقة، إلا أنه قد ينجم عن هذا التنفيذ أحداث ووقائع من شأنها إرهاق المتعامل المتعاقد والتأثير البالغ على مركزه المالي بما يعطي له حق المطالبة بإعادة التوازن المالي[4].

فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية متكافئة فإنه بخلاف ذلك في الصفقة العمومية، إذ قد يتحمل المتعامل المتعاقد عبءً ماليا لم يكن بالحسبان ساعة التعاقد بما يفرض مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بحقوقه المالية تشجيعا له على تنفيذ التزاماته.

وعليه فقد استقر الفقه والقضاء الإداريين في كل من فرنسا، مصر والجزائر على أن هذا الوضع يتطلب من أجل ضمان مبدأ الاستمرارية ، إيجاد توافق ومعادلة بين عاملين هما:

---

[1]- عبد الفتاح أبو الليل ، المرجع نفسه ، ص 122

[2]- أنظر: المادة 50 من المرسوم الرئاسي 02-250

[3]- الطبطبائي عادل ، مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن غزو الكويت، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الجامعية، جامعة الكويت، العدد الرابع، 1992، ص 52

[4]- بوضياف عمار، مرجع سابق، ص 166 وكذا محيو أحمد ، مرجع سابق، ص 386، و لباد ناصر ، مرجع سابق، ص 444

- التزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة لما لها من أثر على المصلحة العامة وتلبية احتياجات الجمهور من جهة.

- ضرورة تدخل المصلحة المتعاقدة باعتبارها سلطة إدارية عامة لسد ومنع أي اختلال في التوازن المالي من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات[1] من جهة أخرى ، ويلاحظ أن التوازن المالي للعقد أمر مفروض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد ومعنى ذلك أن العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها[2].

ولأنه ليس من العدالة أن يتحمل المتعامل المتعاقد لوحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، ورغم ذلك فقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 02-250 إلى هذا الحق في نص المادة 02/102 منه التي أفادت بأنه:"...غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي لا اعات التي تطرأ عن تنفيذ صفقاتا كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين... "

ومنه فإن المشرع حاول كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله التزاما يقع على الإدارة المتعاقدة وهذا باتخاذ طريق الحل الودي لا اعات، توخيا منه للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها[3].

وعليه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد في إطار التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للصفقة يجد أساسه في نظرية المخاطر الإدارية ( نظرية فعل الأمير)، نظرية المخاطر الاقتصادية ( نظرية الظروف الطارئة) ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

## الفرع الأول: نظرية المخاطر الإدارية – فعل الأمير-

يقصد بفعل الأمير كل إجراء مشروع تتخذه السلطات الإدارية المتعاقدة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة[4]، والالتزامات المنصوص عليها في العقد، وبالتالي الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد وقد يتخذ فعل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الإدارية"l'âléa administratif" شكل قرار فردي خاص، كالقرار الذي يصدر عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد بتعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق أو نظام الأسعار وغير ذلك كما قد يكون فعل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة، كما في حالة صدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية(في إطار قوانين المالية السنوية أو التكميلية) أو برفع أجور اليد العاملة أو تنظيم شؤون العمال بالزيادة في الإجازات وساعات العمل، وعموما فإن هذه النظرية تجد مصدرها في مارسة السلطة العامة لامتيازاتا في مواجهة المتعاقد معها[5].

---

[1]- بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004، ص 232، ومايليها.

[2]- محمد رفعت عبد الوهاب و حسين عثمان محمد عثمان ، مبادئ القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 688

[3]- بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 84

[4]- DE LAUBADERE André, MODERNE Frank. DELVOLVE Pierre , Traité des contrats administratifs, Tome second, L.G.D.J .Paris, 1984, p515

[5]- REVERO (J) , op. cit. p131

إن كل هذه الإجراءات ينتج عنها أنها تثقل وفي بعض الأحيان بصفة خطيرة شروط تنفيذ العقد ولكن دون أن يؤدي هذا إلى معارضة أو توقيف في التنفيذ من طرف المتعاقد مع الإدارة ، ولتحقق هذه النظرية يجب توافر شروط حددها الفقه والقضاء الإداريين حتى يصبح من الممكن مطالبة المتعامل المتعاقد بالحصول على التعويض.

1. **شروط تطبيق النظرية:**

يشترط لتطبيق نظرية المخاطر الإدارية ما يلي:

**أ/** أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا أمر طبيعي مادمنا في مجال نظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تمتاز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص.

**ب/** أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة سواء أكان إجراء تشريعيا أو إداريا، وليس راجعا إلى ظروف خارجية اقتصادية أو غيرها[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك شبه إجماع بين الفقهاء بأن يكون هذا الإجراء صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة وبإرادتها المنفردة [2]، أي أنه يجب أن يكون العمل الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية[3] ، أما إذا كان العمل صادرا عن جهة إدارية أخرى غير متعاقدة فإن المتعامل المتعاقد لا يستفيد من تطبيق هذه النظرية وإنما بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه، أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقا لقواعد المسؤولية الإدارية.

**ج/** أن يكون الإجراء المتخذ مشروعا، إذ أن الأمر لا يتعلق بمسؤولية تقوم على أساس الخطأ، فإن صدر العمل عن المصلحة المتعاقدة وكان غير مشروع جاز للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاء و مساءلتها طبقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وفقا لقواعد القانون الخاص .

**د/** أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضررا حقيقيا وليس احتماليا من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة ولو لم يكن الضرر على جانب كبير من الجسامة[4] ، ويشترط في الضرر أن يكون محددا ومباشرا وخاصا بالمتعامل المتعاقد فإذا نتج مثلا عن تعديل الصفقة الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي ، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطتها في التعديل تطلب من المتعامل المتعاقد تقديم كشف مالي عن الأعباء الجديدة وتصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي وهو ما حرص عليه تنظيم الصفقات العمومية الأخير في المادة 102 منه [5] .

**هـ/** أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد ، بمعنى أن المتعاقد مع الإدارة وإن كان يعلم أنه من حق هذه الأخيرة تعديل التزاماته، إلا أنه لم يكن يتوقع أن يكون هذا التعديل بالمدى والحدود التي تم بها ،كما يقصد بعدم التوقع في مجال تنفيذ الصفقة العمومية عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد .

فإن تحددت هذه التكاليف بنصوص الصفقة، كانت هذه النصوص هي الحاكمة لها بما لا مجال معه للمطالبة بتعويض على أساس المخاطر الإدارية.

---

[1]- طعيمة الجرف ، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة،1970، ص453 وكذلك ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 498

[2]- REVERO (J), op. cit, p131 et PEISER (G), op. cit. ,p 67

[3] - BENOIT Francis Paul ,Le droit administratif français, Dalloz, Paris 1968,p 637

[4]- ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 498

[5]- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص169.

2. **الآثار المترتبة عن تطبيق النظرية :**

يترتب عن تطبيق هذه النظرية أثر هام يتمثل في التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للصفقة، وذلك عن طريق تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك العمل ويكون التعويض كاملا عن الربح والخسارة [1].

ومنه فلابد أن نتصور أن الأساس القانوني للتعويض الذي يدفع بسبب تطبيق هذه النظرية قائما على تحمل نتائج نشاط السلطة العامة المشروع فهي **مسؤولية دون خطأ** .

وعليه فإن الأساس القانوني لضمان تعويض المتعامل المتعاقد يكمن في المبدأ الدستوري القاضي بوجوب مساواة الجميع أمام التكاليف والأعباء العامة ،لأن الضرر الخاص الذي يتحمله المتعاقد والذي يصيب موضوعا جوهريا في العقد بشكل عبءً استثنائيا ، و يجب على الإدارة إعادة التوازن المختل بدفع مبالغ التعويض الكامل .

وإلى جانب هذا الأثر الرئيسي أشار بعض الفقهاء إلى آثار فرعية أخرى تترتب على تطبيق هذه النظرية منها:

1) تحرر المتعامل المتعاقد من الإلتزام بالتنفيذ إذا ترتب عن عمل الأمير استحالة التنفيذ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد بالنسبة لسلعة لا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج[2] .

2) حق المتعامل المتعاقد بالمطالبة بعدم توقيع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا ثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤد إلى استحالة التنفيذ فقد جعله عسيرا عليه[3] .

3) حق المتعاقد في طلب الفسخ إذا أصبحت أعباؤه كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية والفنية [4].

ويستطيع المتعاقد أن يجمع بين بعض هذه النتائج إذا تعددت الأسباب كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير، وهذا تطبيق لنظرية المخاطر الإدارية.

**<u>الفرع الثاني</u>: نظرية المخاطر الاقتصادية (الظروف الطارئة )**[5]

خلاصة هذه النظرية أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقا وأكثر في التكاليف على وجه يتجاوز القدر الذي توقعه المتعاقدان، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بالمساهمة في تحمل الأعباء الجديدة، بتعويضه جزئيا ومؤقتا مقابل الخسارة التي لحقت به[6].

وكانت نشأة هذه النظرية في بادئ الأمر في ظل القانون العام، فلم يكن القضاء المدني ليوافق على تطبيقها على علاقات القانون الخاص، وقد بذلت محاولات لتطبيقها في المحاكم الفرنسية والمصرية وباءت بالفشل، أما بالنسبة للقانون العام فقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي منذ أوائل القرن 19 وكانت أول قضية طبقت فيها هذه النظرية هي قضية غاز مدينة بوردو، الصادر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1916/07/30 [7] .

---

1- الجبوري محمود خلف ، مرجع سابق ، ص196.
2- الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق ،ص653.
3- الجبوري محمود خلف ، المرجع نفسه ، ص197.
4- الفياض إبراهيم طه ، <u>العقود الإدارية</u> ،ط1،مكتبة الفلاح ، الكويت ،1981، ص102.
5 - DE LAUBADERE ( A), MODERNE (F). DELVOLVE (P) ,op.cit p569
6- طعيمة الجرف ، مرجع سابق، ص 454 وما يليها
7 - LAJOYE (C),op.cit.p132

تمتاز هذه النظرية بأنا ذات طابع اقتصادي، لأن من شأن الحوادث الطارئة أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا لا من الناحية الفنية أو القانونية بل من الناحية الاقتصادية، فالإرهاق يعني عدم تناسب المقابل المالي الذي يجب للمتعاقد (المدين) مع ما يجب عليه من التزام مستمر في التنفيذ في ظل الظرف الطارئ المستجد، فمن شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب[1].

علما و أن هذه الاضطرابات الاقتصادية أجنبية عن إرادة الطرفين من شأنا أن تفرض أعباء و تكاليف باهظة، فالتنفيذ يبقى ماديا ممكنا[2].

وعليه تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في أنا لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعامل المتعاقد وتؤدي إلى فسخ العقد، فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكنا وإن أصبح شاقا للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن هذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض وليس بانقضاء الالتزام حتى لا يتوقف سير المرفق العام[3].

**1- شروط تطبيق النظرية:**

لكي يمكن تطبيق نظرية عدم التوقع فإن هناك شروط يستلزم القضاء الإداري توافرها وهي:

**أ- وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه:**

بحيث لا يمكن دفعه أو تداركه ، لأنه إذا طرأ الظرف قبل إبرام العقد فالأصل ألا تطبق النظرية طالما يمكن الرجوع عن الإيجاب ولم يصدر القبول، ويثار النقاش في حالة ما إذا طرأت الظروف غير المتوقعة بعد المدة المحددة للتنفيذ ولم يكن التنفيذ قد تم، والرأي الغالب هو عدم تطبيق النظرية إذا كان التأخير في التنفيذ ناشئا عن خطأ المتعاقد المتسبب في التأخير.

أما إذا كان التأخير ناشئا عن خطأ الطرف الآخر في العقد، أو تم بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المتضرر التعويض تطبيقا لهذه النظرية وإذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الإدارة فإن الظرف الطارئ الذي يحدث أثناء المدة الإضافية يأخذ نفس حكم وقوعه خلال المدة الأصلية.

ويأخذ الظرف الطارئ صورا عدة، فقد يتمثل في:

- **أحداث سياسية:** إعلان الحرب ،غلق ممرات مائية...الخ.
- **أحداث اقتصادية:** أزمة اقتصادية، ارتفاع الأجور أو الأسعار...الخ.
- **أحداث طبيعية:** زلازل، جفاف، سيول، فيضانات...الخ.
- **إجراءات إدارية:** إذا كانت صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة[4].

**ب- أن يكون الظرف الطارئ استثنائيا غير متوقع:**

إذا لم يكن الظرف الطارئ استثنائيا أو كان من الظروف المتوقعة لم يجز تطبيق أحكام هذه النظرية، فإذا كانت الظروف متوقعة أو كان من الممكن توقعها فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية[5].

---

[1]- الفياض إبراهيم طه ، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 267

[2] - REVERO (J), op.cit p132

[3]- محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 880

[4]- محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق، ص 884 وما يليها.

[5]- شيحة عبد العزيز إبراهيم ، القانون الإداري، الدار الجامعية ، بيروت 1994، ص 261

والتوقع أو عدمه يقدره القاضي على ضوء مجمل الظروف والملابسات التي تم فيها إبرام العقد وطبيعة الظرف الطارئ ودرجة استثنائيته فالغرض العادي أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع في ذاته ولكن قد يحث أيضا أن يكون هذا الظرف متوقعا من حيث المبدأ في ذاته لكن مداه هو الذي لم يكن متوقعا، كذلك فان الظرف الطارئ قد يكون بطبيعته استثنائيا بدرجة كبيرة، لكن في ظروف معينة يقدر القضاء أنه كان يجب برغم ذلك أن يكون متوقعا.
وهنا يجب التفرقة بين المخاطر العادية التي تنتج مخاطر يمكن للمتعاقد تداركها أو تحملها، والمخاطر غير العادية التي تعد فقط مجالا لتطبيق نظرية المخاطر الاقتصادية[1].

**ج- أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن المتعاقدين:**

أي مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإدارة في وقوعه، لأنه متى كان الفعل راجعا إلى المتعاقد المتضرر فلا مجال للقضاء له بالتعويض، أما حينما يكون راجعا إلى الإدارة فهنا يفرق مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الفعل الضار صادرا عن الإدارة المتعاقدة وهنا نطبق نظرية فعل الأمير أما إذا كان الفعل الضار صادرا عن الجهة إدارية أخرى فهنا لا يطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير وإنما نظرية الظروف غير المتوقعة إذا توافرت شروطها[2].

**د- أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد:**

أي أنه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن تحملها من طرف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة ،فلا يكفي أن يترتب على الحادث الطارئ مجرد النقص في الربح أو فوات فرصة الربح بل يجب أن يصيب المتعاقد خسارة كبيرة، إذ أن الخسارة البسيطة لا تكفي لتطبيق النظرية، وكذلك الخسارة الوقتية العارضة حيث لا تسبب اختلالا في التوازن المالي للعقد ولا تؤدي إلى تطبيق النظرية[3].
وتقدير مدى جسامة الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعاقد مع الإدارة أمر يتولاه القاضي بنفسه[4].
وفي هذا التقدير ينظر إلى العقد في مجموعه كوحدة واحدة متكاملة العناصر، فلا يعتد بالخسارة المتعلقة بأحد عناصره فقط إن كانت بقية العناصر قد حققت للمتعاقد مكسبا مجزيا كان هو في النهاية المميز للعملية التعاقدية بالنسبة له، وهو مالا يمكن التحقق منه إلا من المستخلصات النهائية وبعد عمل الحساب النهائي[5].

**2- آثار تطبيق النظرية:**

ذهب رأي من الفقه الإداري وعلى رأسهم الأستاذ "**دي لو بادير**" A.DE LAUBADERE إلى القول بأن أساس هذه النظرية هو مبدأ ضرورة سير المرفق العام بانتظام، ذلك أنه نتيجة لكون التزام المتعاقد مكلفا للغاية قد يتوقف المرفق العام عن السير، فإن لم تساعد الإدارة على تحمل جزء من خسارته فإنه سيمتنع عن تنفيذ التزامه.
كما أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية يعود إلى النية المفترضة عند المتعاقدين في أن يعلقوا تنفيذ العقد على استمرار الحالة الواقعية التي كانت موجودة وقت التعاقد على ما هي عليه في جميع مراحل العقد، وبالتالي استمرار

---

[1] - GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1, 16 éme éditons ,LGDJ Paris , 2002, p 714.
[2]- الجبوري محمود خلف ، مرجع سابق، ص 203، وكذا محمود الحلمي، مرجع سابق ، ص 127 وكذا محمد فؤاد عبد الباسط ، ص 885 .
[3]- شيحة عبد العزيز إبراهيم، المرجع السابق، ص 261
[4] - REVERO (J) ,op.cit ,p 135
[5]- محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق، ص 887 .

النسبة محفوظة بين الأداءين المتقابلين في جميع مراحل العقد وبعبارة أخرى نية المتعاقدين في استمرار بقاء التعادل الشخصي الذي كان موجودا وقت بدء التعاقد، ومن هذا الرأي نجد العميد "**بونار**" BONNARD .

ولكن يرد على ذلك أنه لو كان أساس هذه النظرية هو المحافظة على درجة التعادل التي كانت موجودة وقت التعاقد، لوجب أن يكون الحل هو تعويض المتعاقد تعويضا كاملا وليس رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1].

كما ذهب رأي آخر إلى اعتماد القواعد العامة للعقد الإداري كأساس لتطبيق الظروف الطارئة، على اعتبار أن العقود الإدارية هي عقود مرنة وتكون غالبا لمدة طويلة[2].

وهنالك من يرى بأن أساس هذه النظرية أنها تستمد أصالتها من مبادئ العدالة، إذ من العدالة تعويض المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه شاقا ومكلفا على خلاف ما توقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد، لأن مساهمة الإدارة لم يكن الغرض منها تدارك الاختلال اللاحق بسير المرفق العام بل تحقيق العدالة بين طرفي العقد[3].

ومنه فإن تحقيق شروط النظرية ينجر عنه آثار على عملية التنفيذ وتكمن أساسا فيما يلي:

**أ/ حق المتعامل المتعاقد في الحصول على مساعدة المصلحة المتعاقدة:**

إذا توافرت شروط تطبيق النظرية، وجب على الإدارة المتعاقدة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وليس معنى هذا إعادة التناسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين كلية وإنما المقصود هو مساهمة الطرفين في تحمل أعباء الظروف الطارئة.

ومنه فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة يكون ذو طابع جزئي من الخسارة التي لحقت به، وليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع منه، وعلى ذلك يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد وباعتبارها قائمة ، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته و اعتبار العقد وحدة واحدة، وبفحص مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة[4].

وغالبا ما يقدر القاضي مقدار التعويض على هذا الأساس مستعينا بأهل الخبرة.

ومن جهة أخرى فإن التعويض له طبيعة مؤقتة ولا يمكن أن يستمر بصفة دائمة ، لأن التوقيت من طبيعة الظرف الطارئ نفسه، فإن كان هذا الظرف مستمرا ودائما يكون للطرفين إما أن يبرما عقدا جديدا على أساس معطيات جديدة أو يطلبا إلى القاضي فسخ العقد، وذلك وفقا لما قضى به مجلس الدولة في فرنسا [5].

---

[1]- محمود حلمي ، مرجع سابق، ص 130

[2]- طعيمة الجرف ، مرجع سابق، ص456

[3]- محمود حلمي ، المرجع نفسه ، ص131

[4]- محمد رفعت عبد الوهاب و حسين عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق، ص 696

[5] - REVERO (J) ,op.cit, p134 . GAUDEMET (Y), op.cit, p715

**ب/ بقاء التزامات المتعاقد:**

لا يستطيع المتعامل المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ التزامه رغم حدوث ظروف طارئة عملا بمبدأ استمرارية سير المرفق العام، فحالة الطوارئ لا تحرر المتعاقد من أي التزام، لا سيما أنه ملزم بإتمام تنفيذ العقد، وانقطاعه عن ذلك ينجر عنه حرمانه من التعويض بعنوان الظروف الطارئة[1].

ومنه يتعين على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، مواصلة تنفيذ التزامه رغم وقوع الحادث غير المتوقع مادام التنفيذ في ذاته ممكنا ولم يتحول إلى قوة قاهرة تحول دون ذلك ، فإذا توقف عن التنفيذ والوفاء بالتزاماته فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات لا سيما عقوبة غرامات التأخير، ولا يجديه نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ ، والملاحظ أنه لا يجوز الإعفاء من المسؤولية عن الظروف الطارئة، إذ من المقرر في العقود الإدارية أن شرط الإعفاء من المسؤولية باطل لتعارضه مع المبادئ المقررة في القانون الإداري التي منها ثبوت حق المتعاقد في التعويض .

وإذا عدنا إلى قانون الصفقات العمومية ،فإننا نجد بأنه لم يشر إلى هذه النظرية إلا أنه يمكن الاستنتاج من نص المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة CCAG المطبق على صفقات الأشغال العامة أنه عندما تظهر ضرورة انجاز منشآت لم يرد ذكرها في الجداول ولا في المجموعة ، يتم دون تأخر إعداد أسعار جديدة حسب أسعار السوق ويتم تشبيه المنشآت بمثيلاتها في حالة إذا ما تعذر تشبيهها بمثيلاتها يتم المقارنة باعتماد الأسعار الجارية في المنطقة حيث تتم الأشغال ، ويتم حساب الأسعار الجديدة بنفس الشروط الاقتصادية لأسعار السوق وبصورة يجعل بالإمكان الزيادة أو النقصان فيها إذا سمحت السوق بذلك، وبعد مناقشتها في طرف المقاول أو المهندسين أو المهندس المعماري تطرح لموافقة السلطة المختصة وتبلغ للمقاول عن طريق أمر مصلحي، وفي انتظار موافقة السلطة المختصة تدفع إلى المقاول الأسعار التي يحددها المهندسون ويعتبر ذلك بمثابة تعويض جزئي مؤقت[2].

**<u>الفرع الثالث:</u> نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة**[3]

إن هذه النظرية من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، بغية تصحيح وضع المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر تفوق تنفيذ التزاماته التعاقدية.

فعندما يصادف المتعاقد مع الإدارة وخاصة في مجال صفقات عقود الأشغال العامة صعوبات مادية وتكون لهذه الأخيرة خصائص استثنائية وغير طبيعية إطلاقا، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهق فإنها تفسخ المجال للمطالبة بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر من طريق دفع الأسعار العقد.

**1. شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:**

يشترط القاضي الإداري كي يستحق المتعاقد التعويض عن الخسارة بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، توافر مجموعة من الشروط يمكننا إجمالها كالتالي:

**أ. يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:**

---

1- CHAPUS René, <u>Droit administratif général</u>, Tome 1,15 ème édition, Montchrestien, Paris 2001, p213

2- قريشي أنيسة سعاد ، مرجع سابق، ص 145

3 - DE LAUBADERE (A), MODERNE( F) , DELVOLVE (P),op. cit, p 499 .

هذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها صفقات الأشغال العامة ،كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي للعقد يفترض طبيعة سهلة[1]، ومن هنا تكون هذه الصعوبات سببا في استحقاق المتعاقد للتعويض.

وقد يكون مصدر الصعوبات غير المتوقعة فعل بعض الناس من الغير، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل،لم تظهر في المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد.

**ب. أن لا تكون الصعوبات المادية بسبب أحد الأطراف:**

يفترض في الصعوبات المادية أن لا يكون مصدرها فعل الإدارة المتعاقدة، فإذا كانت بفعلها أو بسبب تدخلها وجب تعويض المقاول على أساس خطئها إن كانت قد أخطأت، وعلى أساس فعل الأمير إذا لم يكن ثمة خطأ من جانبها ويشترط كذلك ألا يكون المتعاقد مع الإدارة قد تسبب هو الآخر بخطئه أو عدم تبصره في وجود هذه الصعوبات، أو في عدم الإحاطة بها وقت التعاقد[2] ، ويجب أن يثبت بأنه لم يكن بوسعه توقي آثار تلك الصعوبات ما لديه من وسائل، و أخيرا أن يثبت بأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[3].

**ج. يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد:**

لا يستحق التعويض إلا إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد، وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، والقاعدة هنا أن المقاول ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ[4]، و يجب على المتعاقد إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته وعلى القاضي البحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذل ما عليه في تاريخ إبرام العقد من الجهد الضروري، وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يترتب عليه من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة[5] .

**د. أن تكون الصعوبات المادية ذات طابع استثنائي بحت:**

ليست الصعوبات المادية مجرد عقبات عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعامل المتعاقد عند التنفيذ عادة، إذ يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على حدى ما إذا كانت هذه الصعوبات غير متوقعة والتي صادفها المتعاقد مما يمكن اعتباره من المخاطر العادية أو الاستثنائية[6] .

**هـ. أن تؤدي الصعوبات المادية إلى الإخلال باقتصاديات العقد:**

يجب لتحقيق هذه النظرية أن يؤدي وقوع الصعوبات المادية إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد وليس مجرد صعوبات بسيطة لما هو مطلوب من المتعاقد تنفيذه، أي أنه يجب أن يترتب على التنفيذ في حال وقوع هذه الصعوبات نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في الأعباء المترتبة على المتعاقد.

---

1- الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق، ص 721

2- محمود حلمي، مرجع سابق، ص 135

3- الطماوي سليمان محمد ، المرجع نفسه، ص 723

4- محمود حلمي، المرجع نفسه، ص 133

5- المغربي محمود عبد المجيد ، مرجع سابق، ص 66

6- الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق، ص 725 وما يليها.

### 2. آثار تطبيق النظرية:

ينبغي لمعرفة الآثار الناجمة عن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والمتمثلة أساسا في استحقاق **التعويض الكامل**، معرفة الأساس القانوني لهذا التعويض حيث هناك من يرى بأن مرد هذه النظرية يعود إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية أما الصعوبات غير المتوقعة والتي لم تخطر على بال الأطراف فيفترض أنهما قصدا أن يقدرا مقابلها بطريقة خاصة وهو ما ذهب إليه عدة فقهاء من بينهم الأستاذ "**جاز**" G. JEZE ، والراجح في هذه النظرية أن الكثير يردونها إلى اعتبارات تحقيق العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، نظرا للعلاقة الوثيقة بينها وبين المرافق العامة، تلك العلاقة التي تجعل من المتعاقد معاونا وشريكا للإدارة في عملية التسيير، وهذا الرأي يؤيده كلا من الفقيهين "**فالين**" J.WALINE و "**دي لو بادير**" A.DE LAUBADERE [1] ومنه فإن الآثار التي تترتب على قيام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بشروطها سالفة الذكر تتمثل في:

**أ- بقاء التزامات المتعاقد قائمة:**

بالرغم من مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة في تنفيذ موضوع العقد ، فإن المتعاقد يستمر في عملية تنفيذ تحت طائلة التعرض لمختلف الجزاءات الإدارية مع احتمال فقدانه الحق في التعويض إلا إذا أدت إلى استحالة في التنفيذ وفقا لشروط القوة القاهرة[2].

**ب- الحق في الحصول على التعويض الكامل:**

خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي يحصل فيها المتعامل المتعاقد على تعويض جزئي ومؤقت، فإن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو حصول المتعاقد مبدئيا على تعويض كامل مقابل ما تحمله من إنفاق لمواجهة تلك الصعوبات ويشمل التعويض كل الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد باهظا وأكثر تكلفة.

ومن خلال ما سبق ذكره فان تأثير الحوادث الخارجة عن إرادة الطرفين على تنفيذ الصفقة من شأنه أن يقيد المصلحة المتعاقدة وهي الطرف الأقوى في العقد بما يخوله لها القانون من سلطات غير مألوفة بالنسبة للعقود الخاصة، بحيث تلتزم حفاظا على استمرارية سير المرافق العامة من جهة وضمانا لاستمرارية المتعاقد في تأدية واجباته إزاءها، بالعمل على تحقيق توازن مالي للصفقة وإعادة لوضعه الطبيعي إما بتعويض كامل عن الأضرار الناجمة عن وقوع تلك الحوادث مثل: فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، أو التعويض الجزئي في حالة نظرية الظروف الطارئة.

## المبحث الثاني :الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد

سبقت الإشارة إلى أن دفاتر شروط الصفقة المبرمة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد هي المحددة ما لكل طرف من حقوق وما عليه من إلتزامات ، إلى جانب تلك الشروط المفترضة في كل العقود الإدارية و التي يجب احترامها حتى و لو لم تضمن كبند صريح في بيانات أو عقد الصفقة . فالمصلحة المتعاقدة تحرص على أن تتوخى الدقة في صفقاتها

---

[1]- المرجع نفسه، ص 716 وما يليها.

[2]- محمود حلمي، مرجع سابق، ص 136

المبرمة لأنها تتعلق بالمرافق العامة والتي يجب أن تستمر في أداء أعمالها بانتظام واطراد في كل الأوقات ومن هذا المنطلق منحت الإدارة سلطات وحقوق استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تتمتع بها كوظائف تمارسها في إطار القانون العام والتي من شأنها أن تجعل تلك الصفقة تفقد الغرض الذي أبرمت من أجله، إذ تستطيع بمقتضاها أن تباشر حق الإشراف والرقابة على تنفيذ الصفقة وأن تقوم بتنفيذ شروط الصفقة وفسخها وإنهائها بإرادتها المنفردة وهي سلطات خطيرة قد تؤدي إلى حرمان الطرف المتعاقد من حقوقه لذا تم وضع حدود و ضوابط لممارسة هذه الامتيازات وجعلها تتماشى و أهداف سير المرافق العامة الرامية إلى تحقيق المنفعة العامة.

وعليه يتوجب على المتعامل المتعاقد أن يفي بالالتزامات و المهام المسندة إليه بموجب الصفقة المتعاقد عليها بكل دقة و أمانة لأنه في حالة الإخلال بها أو بإحداها أو التقصير في أدائها تقوم المصلحة المتعاقدة بتوقيع أحد الجزاءات المقررة لذلك الإخلال وهذا كفالة من المشرع في مجال الصفقات العمومية لحقوق الإدارة المتعاقدة .

و بما أن مرحلة التنفيذ هي تلك المرحلة الهامة في مسار الصفقة العمومية فقد تمت إحاطتها بكم كبير من الأدوات القانونية اللازمة لضمان سيرها الحسن تحقيقا لمبادئ إبرام الصفقات العمومية و تعد هذه الضمانات السبيل الأنجع لتأدية كل طرف لالتزاماته ، وبعدما تمت دراسة أهم ضمانات المتعامل المتعاقد إزاء المصلحة المتعاقدة، نتناول ضمن هذا المبحث الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد بغرض معرفة المركز القانوني لهذا الأخير من خلال التطرق لصنفين من هذه الضمانات حسب طبعتها ومضمونها و هذه الأخيرة متمثلة في:

- ضمانات التنفيذ المالي [ذات الطبيعة المالية] (المطلب الأول)
- ضمانات التنفيذ التقني (المطلب الثاني)

وهذا بالنظر إلى أن إلتزامات المتعامل المتعاقد عديدة ومتنوعة ولا يمكن حصرها حصرا وثيقا في إطار النظام القانوني للصفقات العمومية ووفقا للتشريع المعمول به ، يمكن رد هذه الالتزامات إلى النوعين المذكورين سابقا و اللذان يعتبران ضمانات لفائدة المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد.

## المطلب الأول: ضمانات التنفيذ المالي للصفقة العمومية

تحرص المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقة العمومية منذ البداية وفي المقام الأول على منح الصفقة للمتعامل المتعاقد المقتدر ماليا أي صاحب الكفاية المالية وهذا حسب ما جاءت به المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 عندما نصت بأنه :"يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين و/أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة.

تحدد الضمانات المذكورة أعلاه وكذا كيفيات استرجاعها حسب الحالة في دفتر الشروط أو في الأحكام التعاقدية للصفقة اعتمادا على الأحكام التشريعية أو التنظيمية المعمول بها".

ومن هنا فإن المتعاقدين مع الإدارة ملزمون بتقديم ضمانات مالية تحمي الإدارة المتعاقدة من الأخطار المالية التي يمكن أن تواجهها في حالة إخلالهم بالتزاماتهم[1] وتتمثل هذه الضمانات على وجه الخصوص في:

- نظام الكفالة

---

[1] - KOBTANE (M) ,op.cit , p43

- الضمانات ذات الطبيعة الحكومية
- ضمانات مالية مختلفة:
  - اقتطاعات حسن التنفيذ
  - اقتطاعات الضمان

وقبل الحديث عن أصناف الضمانات المالية التي تستند أكثر إلى قواعد القانون الخاص بالنظر إلى طبيعتها و الأهداف المرجوة منها فإنه ينبغي إعطاء تعريف للضمانات بوجه عام ، حيث و رجوعا إلى أحكام القانون المدني فإن مؤدى نظرية الضمان هو وجوب تعويض الشخص الذي وقع عليه الاعتداء على أمواله أو نفسه مما أدى إلى هلاكها أو تلفها و ذلك حفاظا على حقوقها وصيانة لها من كل أذى ، فالضمان هو إلتزام بتعويض الغير لما لحق به من أضرار متمثلة في تلف المال أو ضياع المنافع .

و في مجال الصفقات العمومية فالضمان هو ذلك الحق الذي يتمتع به أحد الأطراف تجاه الطرف الآخر حتى يؤمن سداد ديونه وقد يكون ضمانا شخصيا مثل:عقد الكفالة أو الضمان الاحتياطي أو عينيا مثل :الرهون الحيازية .

وقد نص قانون الصفقات على مثل هذه الضمانات وأحاطها بعناية كبيرة نظرا لأهميتها البالغة في حسن إنجاز موضوع الصفقة و حفاظا على حقوق الأطراف المتعاقدة.

## الفرع الأول : الطابع الإلزامي لتقديم الكفالة

1. **تعريف الكفالة :** تعرف المادة 644 من القانون المدني الكفالة على أنا :" عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ إلتزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه".ومنه فالكفالة لها عنصران ،أحدهما مادي يتم بواسطته ضمان الدين من خلال مبلغ مالي أو أية قيمة أخرى والآخر عنصر الشخص الكفيل الذي يمثل بحد ذاته الضمان لتنفيذ الالتزام من طرف شخص آخر و هو ما يعرف بالكفالة الشخصية و التضامنية[1].

و الكفالة تنتمي إلى فئة الضمانات (التأمينات) الشخصية التي تعطي الحق للدائن بالرجوع على شخص آخر ألا وهو "الكفيل"خلافا للضمانات أو التأمينات العينية التي تعطي الحق للدائن على أموال متعددة للمدين مثـل :الرهـون الرسمية أو الرهون الحيازية و غيرها[2] .

و تعتبر الكفالة تقنية بسيطة وسهلة في تكوينها بحيث لا تتطلب أي شكل محدد ماعدا شرط الكتابة لأجل الإثبات وتمثل فائدة قانونية لجميع الأطراف ، وقد عرفت إزدهارا واسعا في مختلف أنحاء العالم باعتبارها وسيلة للضمان و هذا بفضل تدخل البنوك و المؤسسات المصرفية لتمويل المشاريع و كذا الأفراد للمساهمة في عمليات الإنتاج وتنشيط الاقتصاد خاصة و أن هذا التمويل أصبح ضروريا لكون البنوك تحتاج إلى وسائل معينة تضمن لها عودة أموالها المقترضة إلى الغير و تجنب خطر إعسار المدين ، و غالبا ما تكون الكفالة هي الوسيلة المثلى لتقديم هذا الضمان ، إلا أنه قد

---

[1]- EL FASSI Fatima Zohra ,le régime juridique de la rémunération dans les marchés publics de fourniture en droit Algérien , thèse de doctorat en droit public de l'entreprise ,Université de Montpelier 1,1991 ,p 492

2 - لطرش الطاهر، تقنيات البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 2005 ،ص 166

يتعرض الدائن لنفس المخاطر التي يتعرض لها عند رجوعه على المدين و هو خطر إعسار الكفيل ولذلك فإن قيمة الكفالة في الضمان تتحدد على أساس مركز الكفيل و درجة يسره المالي.

ومن خصائص عقد الكفالة دائما نجد:

1) **عقد رضائي:** و ينعقد بمجرد تراضي بين **الدائن** le créditeur و **الكفيل** la caution ولا يشترط فيه أي شكل خاص ، لكن اشترط المشرع الكتابة للإثبات فقط وليس شرطا للانعقاد.

2) **عقد تابع لوجود إلتزام أصلي :** أي إلتزام بين الدائن و المدين لكي يرتكز عليه وتقدم على ضمان الوفاء به ،ولا يمكن للكفالة أن تتجاوز حدود الالتزام الأصلي أو تعقد بشرط أشد من شروطه.

3) **عقد ملزم بجانب واحد:**في الأصل الكفيل هو من يلتزم بعقد الكفالة بضمان تنفيذ إلتزام يقع على عاتق الشخص المدين إزاء الطرف الدائن في العقد، ولا يلتزم هذا الأخير عادة بشيء نحو الكفيل غير أنه إذا التزم نحوه بدفع مقابل نظير كفالته للدين فإننا نكون بصدد عقد ملزم لجانبين إضافة لكون الكفالة عقد ضمان وتبرعي[1].

وفي مجال الصفقات العمومية في الجزائر ، نص المرسوم الرئاسي رقم 02-250 على عدة أصناف مـن الكفالـة بوصفها ضمانات ملزمة يؤديها المتعامل المتعاقد "الطرف المدين" اتجاه المصلحة المتعاقدة وهي الطرف الـدائن ، بواسـطة البنوك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية[2]، باعتبارها الطرف الكفيل في العقد ( أنظر الملحق رقم 4) .

### 2. أنواع الكفالة في تنفيذ الصفقات العمومية :

نص قانون الصفقات العمومية على عدة أشكال للكفالة وتتمثل في :

1) **كفالة رد (إرجاع ) التسبيقات :**

تمت الإشارة إلى أن المصلحة المتعاقدة لا تدفع أي تسبيق و من أي نوع كان للمتعامل المتعاقد معها إلا إذا تم دفع كفالة الإرجاع ضمانا لتسديدها، فكفالة التسبيقات"la caution de restitution des avances" هي إلتزامات بنكية بالدرجة الأولى تضمن من ناحية استفادة المتعامل المتعاقد من تسبيقات جزافية أو على التموين و في المقابل تضمن المصلحة المتعاقدة إسترجاع التسبيق أو التسبيقات التي تم منحها إلى المتعامل المتعاقد قبل أو أثناء تنفيذ الصفقة[3].

وغالبا ما تكون هذه الكفالة بقيمة معادلة بإرجاع التسبيقات ، يتم إصدارها من طرف بنك جزائري أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمده بنك جزائري ويتم تحريرها حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه [4] .

وما يعاب على شرط وضع الكفالة للحصول على تسبيقات ، إعاقة المتعاملين المتعاقدين في الحصول على هذه التسبيقات الهادفة إلى تدعيمهم و مساعدتم ماليا لتخطي عقبات ضعف الإمكانيات المالية، بحيث أن مبلغ الكفالة يعادل

[1] - سي يوسف زاهية ، عقد الكفالة ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة والنشر تيزي وزو، 2004 ، ص 19 وما يليها

[2] - تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في1998/02/21المتضمن إنشاء وتنظيم سير صندوق ضمان الصفقات العمومية وهو يعتبر مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري و يعمل تحت وصاية وزارة المالية

[3] - SABRI (M) , AOUDIA (K), LALLEM (M), op-cit ,p

[4] - أنظر: المادة 63 من المرسوم الرئاسي 02-250

مبلغ التسبيق ومنه فسلبيات هذا الشرط تقضي على إيجابيات هذه العملية و هي من بين التناقضات التي حملها المرسوم الرئاسي 02-250.

و بما أن التسبيقات قد تكون جزافية أو على حساب التموين فإن كفالة إرجاع التسبيقات يمكن أيضا أن تكون كفالة إرجاع التسبيقات الجزافية و منه تكون هذه الكفالة معادلة للتسبيق أو جزء منه شرط أن لا يتجاوز نسبة 15% و هذه الكفالة قد لا تكون إجمالية إذا دفع التسبيق دفعة واحدة وقد تكون مجزئة إلى حصص بنفس نسب تخصيص التسبيق الجزافي.

أما كفالة إرجاع التسبيقات على حساب التموين ، فإن مبلغ هذه الكفالة يكون معادلا للتسبيق أو جزء منه و الذي لا تتجاوز نسبته 50% من مبلغ الصفقة.

2) **كفالة حسن التنفيذ :** Caution de bonne exécution

تعد من الضمانات النقدية وتتمثل في كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص و هي تشكل ضمانا للمصلحة المتعاقدة من أجل تنفيذ حسن للصفقة و هذا حسب المادة 82 من المرسوم الرئاسي 02-250 ، لذا فهي تغطي المرحلة بين إعطاء الأمر ببدء التنفيذ و الاستلام المؤقت للصفقة ( ضمان العيوب الظاهرة ).

وقد نصت المادة 84 على أن المتعامل المتعاقد يتعين عليه تقديم هذه الكفالة "كفالة حسن التنفيذ"إضافة إلى كفالة رد التسبيقات إلا في بعض أنواع صفقات الدراسات والخدمات التي تحدد قائمتها بقرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني ، وتحرر كفالة حسن التنفيذ حسب الصيغ المعتمدة من طرف المصلحة المتعاقدة و البنك الذي تنتمي إليه ويحدد مبلغها بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة حسب طبيعة و أهمية الخدمات الواجب تنفيذها و تسترجع في مدة شهر واحد ابتداءً من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[1] ، ويجب تأسيس الكفالة في أجل لا يتجاوز تاريخ تقديم أول طلب دفع على الحساب من المتعامل المتعاقد ، علماً أنه للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعفاء المتعامل المتعاقد من هذه الكفالة إذا لم يتعدى أجل تنفيذ الصفقة ثلاثة أشهر ، إلاّ أن التجربة الميدانية أثبتت في هذا المجال فرض الإدارة تأسيس مثل هذه الكفالة قياساً على عدة اعتبارات قانونية وأخرى واقعية أسوة بالمشرع في ميدان الصفقات العمومية في فرنسا أين يجب على المتعامل المتعاقد تأسيس ما يعرف **بكفالة أول طلب** و كذا **اقتطاع الضمان**[2] ، ويهدف أساسا إلى تغطية التحفظات المرتبطة باستلام الأشغال أو التوريدات (اللوازم) أو الخدمات و كذا تلك التي تظهر خلال مدة الضمان ، و يعتبر هذا الاقتطاع خيارا بسيطا بالنسبة للمتعامل المتعاقد وليس التزاما[3].

يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ باقتطاعات حسن التنفيذ فيما يخص صفقات الدراسات و الخدمات عندما ينص دفتر شروط المناقصة على ذلك وهو ما نصت عليه المادة 86 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 .

---

[1] - أنظر: لمواد 87و88 من المرسوم الرئاسي 02-250.

[2] - نظام ضمانات حسن الإنجاز المعتمد في فرنسا وفقا للنظام الأمريكي" **performance bonds** " تقدم المؤسسة المتعاقدة كفالة من طرف شركة التأمين لضمان حسن إنجاز المشروع ، و يمكن أيضاً للإدارة العمومية الاكتتاب المباشر لدى الهيئة المتخصصة للتأمين و هذا لضمان حسن إنجاز المشروع قبل القيام بالضمان أو التأمين ، بحيث تقوم الشركة بالتحقق من قدرة و تأهيل المؤسسة ثم تسلمها تأهيلاً قبل منح الضمان.

[3]- BRACONNIER Stéphane , Droit des marchés publics ,imprimerie nationale Editions téchniques,Paris 2002,p 336

ويقدم صندوق ضمان الصفقات العمومية هذه الكفالة بعد دراسة الوضعية المالية والتقنية للمؤسسة و الأخطار المحتملة المرتبطة بالقرض .

3) **كفالة الضمان :** Caution de garantie

هذه الكفالة تمكن من تحرير الإقتطاعات التي تمت من قبل الآمر بالصرف في إطار الضمان في انتظار التسليم النهائي لموضوع الصفقة ، و تغطي عادة الفترة بين الاستلام المؤقت و الاستلام النهائي لموضوع الصفقة ( ضمان العيوب الخفية ).

يحول الرصيد المكون من مجموع الاقتطاعات عند التسليم النهائي إلى كفالة ضمان عندما يكون أجل الضمان منصوصا عليه في صفقة الدراسات و الخدمات حسب نص المادة 86 من قانون الصفقات العمومية .

ويتم استرجاع الكفالة أو اقتطاعات الضمان في مدة شهر واحد إبتداءا من تاريخ التسليم النهائي للصفقة وبالتالي تسري صلاحية كفالة الضمان إبتداءا من التسليم المؤقت للصفقة ، وهي تضمن الحقوق المحتملة للمصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد في حالة عيب أو نقص يشوب موضوع الصفقة أو يكون غير ملائم للبنود العقدية الواردة في الصفقة وتتأسس كفالة الضمان كما يلي :

- تحويل كفالة حسن التنفيذ عندما تنص الصفقة على أجل الضمان؛
- كفالة يصدرها البنك أو صندوق ضمان الصفقات العمومية ؛
- اقتطاعات من كشوف الدفع على الأشغال .

و تنص المادة 02/48 من دفتر البنود الإدارية العامة أن سريان كفالة الضمان يزول تلقائيا عند انتهاء المدة المحددة أي شهر واحد إلا إذا أشعرت المصلحة المتعاقدة البنك أو الصندوق الذي أصدر الكفالة برسالة موصى عليها بأن المتعامل المتعاقد لم يلتزم بكل البنود التعاقدية و في هذه الحالة التزام الكفالة ينتهي برفع اليد صادر عن المصلحة المتعاقدة.

**الفرع الثاني :أدوات تنفيذ نظام الكفالة**

تلتقي العلاقة المالية للإدارة المتعاقدة - صاحب المشروع - والمتعامل المتعاقد أو الحائز على الصفقة في عملية الدفع حيث تنتهي العلاقة التعاقدية إذا تمت التسوية المالية عن طريق دفع سعر الصفقة (أجر المتعاقد ) لكن قبل البدء في مرحلة التنفيذ يجب على كلا الطرفين توفير إمكانيات مالية لانطلاق العملية أي ضمان التمويل قبل تسديد مبلغ الصفقة كمرحلة أخيرة .

و لتمويل الصفقة العمومية فإنه يتطلب إعلان هذه الأخيرة توفير الإعتمادات الضرورية لدفع المبالغ المترتبة عن التنفيذ و التي تنصب على المصاريف العمومية ، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة مسبقا بتوفير الأدوات اللازمة و تسجيلها في الميزانية المخصصة لها ، و في المقابل يتوجب على المتعامل الذي منح الصفقة قبل البدء في عملية التنفيذ القيام بتوفير أموال تسمح له باقتناء المواد واللوازم الضرورية لتنفيذ المشروع أو الأشغال أو تقديم الخدمات .

وعموما يمكن حصر احتياجات تمويل الصفقات العمومية في ثلاث احتياجات رئيسية وهي :

1- إحتياجات التمويل المسبق : وهذا لتغطية الأعمال الأولى للتهيئة والانطلاق في المشروع و كذا وضع الكفالات البنكية.

2- إحتياجات تعبئة الديون المرتبطة بالأعمال التي تم تنفيذها و لم تتم تسويتها في الآجال المحددة .

3- إحتياجات تغطي بدون تمييز التمويل المسبق و تعبئة الديون المسجلة من قبل المؤسسات التي لها مبالغ منتظمة و هامة مبرمة مع الدولة و تفرعاتا .

و نظرا لأن أغلب نفقات الدولة تذهب في شكل صفقات وجب إعطاء دور فعال للبنوك إذ تعتبر المورد الأساسي في منح الضمانات بمختلف أنواعها[1] و صندوق ضمان الصفقات العمومية الذي أنشئ خصيصا لتكملة النظام المصرفي ليقوم بالإسهام في ضمان تمويل الطلبات العمومية[2] .

## 1. البنوك :

إن النظام المصرفي مدعو للتطور السريع في آلياته ، و هذا التطور الذي يستوجب منح بنك الجزائر (البنك المركزي ) سلطات حقيقية في ميدان تنظيم ومراقبة القرض و الوصول إلى منافسة فعلية بين البنوك و على هذا الأساس صدر أمر ينظم النقد والقرض[3].

ومن أهم أهداف هذا الأمر هو مساعدة التطهير المالي للمؤسسات ، حيث أن تطوير العلاقة بين البنوك و زبائنها صارت تعتمد على قاعدة قابلية تسديد القرض ، فعلى المقترض أن يشرع في حينها بالتسديد بنفسه مما يعفي الدولة نائيا من تحمل هذا العبء و يعيد للبنوك حق تقدير مقدرة زبائنها على الوفاء بمفردها .

و بغرض إنعاش وإحياء النظام البنكي الجزائري بادرت الجزائر إلى إدخال جملة من الإصلاحات ،كان أولها إنشاء البنك المركزي الجزائري و الصندوق الجزائري للتنمية اللذان كانا يتكفلان بتسيير مصادر التمويل الخارجية و تقديم المساعدات والقروض لغرض تمويل مشاريع التجهيز العمومي للمؤسسات المختلفة ثم توالت عملية إنشاء البنوك العمومية لتصبح كلها تمول المشاريع التي تقوم بها المؤسسات الوطنية[4] لكن هذا كله لم يمنع من وجود النقائص خاصة في مجال التمويل حيث كانت البنوك مجرد مصدر لا يغنى من السيولة التي تمول المؤسسات العمومية في إطار بسياسة توطين القروض، أما مع نهاية الثمانينات و بداية سنوات التسعينات بإصدار القانون رقم 90 – 10 المؤرخ في 1990/04/10 المتعلق بالنقد والقروض ، أقرت الدولة إصلاحات جديدة على القطاع المصرفي نظرا لمشكلة تراكم الديون على المؤسسات إزاء البنوك التي عرفت هي الأخرى مشاكل ضعف التمويل لذا كان لزاما إعادة الدور الحقيقي للبنوك كوسيط مالي فعال من خلال إقرار نوع من الاستقلالية في التسيير ، ورغم هذه الإصلاحات ظل مشكل البيروقراطية وكذا الشروط الكثيرة التي تتطلبها عملية التمويل مما أدى كل ذلك إلى تعطيل مشاريع الإدارة العمومية و توقفها في كثير من الأحيان ،و أمام هذا الوضع فكرت السلطات العمومية في إنشاء هيئة تتكفل بمجال الصفقات العمومية ألا وهي صندوق ضمان الصفقات العمومية .

---

[1] - أنظر: المواد 50،63،81،82،84و97 من المرسوم الرئاسي 02-250.

[2] - أنظر: المواد 77،97،81و98 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[3] - الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد و القرض ( ج ر رقم 14 )

[4] - لطرش الطاهر ، مرجع سبق ذكره، ص 179 وما يليها.

## 2. صندوق ضمان الصفقات العمومية:

إن مشكلة الديون غير المدفوعة من طرف الإدارات العمومية و الجماعات المحلية يعتبر عائقا هاما لمعظم المؤسسات العمومية و الخاصة التي لها دخل في إنجاز الصفقات و الطلبات الممولة من طرف ميزانية الدولة، و هو ما أدى إلى تعثر المتعاملين الاقتصاديين و ذلك راجع لغياب جهاز فعال للضمان و هذا ما أثبت ضرورة إنشاء مؤسسة مختصة مكلفة بضمان الصفقات العمومية ( الملحق رقم 1 ).

لقد تم إنشاء الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المؤرخ في 1998/02/21 و الذي يعد مؤسسة ذات طابع صناعي وتجاري ، لها شخصية معنوية و تتمتع بالإستقلالية المالية ، موضوعة تحت وصاية وزير المالية ، و يهدف من إنشاء هذا الصندوق الحفاظ على التطور المادي و المالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية و المتعددة السنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة[1] .

ويحتل الصندوق كمؤسسة مالية ، مكانة هامة في النظام المصرفي الجزائري من خلال منح ضماناته أو كفالته بكل الأشكال لتسهيل تحقيق مشاريع في قطاعات المنشآت القاعدية والسكن و الصفقات العمومية إضافة إلى مهام أخرى تكلفه إياها الخزينة العمومية.

وتطبيقا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم لاسيما المواد97،77 و98 منه و بموجب المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المذكور سابقا و كذا دفتر الشروط المحدد لصلاحيات الصندوق ،فإن هذا الأخير يسمح لأصحاب الطلبات و الصفقات العمومية بما يلي :

- الحصول على الكفالات أو الضمانات التي تسمح لهم بالمساهمة في إنجاز الصفقات العمومية .
- الاستفادة من التسبيقات التعاقدية المخصصة لتغطية النفقات المقررة في إطار إنجاز الصفقات و الطلبات العمومية.
- الحصول على الضمانات المطلوبة من المصلحة المتعاقدة .
- تسديد كشوف المؤسسات و فواتيرها إذا لم يتم ذلك ضمن الآجال القانونية .
- الحصول على التسبيقات مقابل كشوف الأشغال قبل أن تعترف المصلحة المتعاقدة بحقها.
- الطموح إلى قروض إجمالية قد تغطي احتياجاتا التمويلية المسبقة دون تمييز أو تعبئة الديون عندما يكون لديها حافظة صفقات أو طلبات هامة و منتظمة مبرمة مع مصالح الدولة أو مع تفرعاتا .
- الإستفادة من ضمان المؤسسة لدى بنوكها قصد الحصول على أي قرض يتضمن إنجاز صفقة أو طلبية عمومية و بالمقابل يطلب الصندوق من المستفيدين من الضمانات و الكفالات كل التبريرات و تقديم كل الوثائق الضرورية .

و فيما يخص نظام الكفالة فإن الصندوق يقوم منح كفالته لصالح المتعامل المتعاقد الحائز على الصفقة سواء في بداية تنفيذ عقد توريد أو إنجاز أشغال حيث تقوم هذه الكفالة بضمان وبصفة عامة مختلف التزامات المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة . ( أنظر الملحق رقم 1 و 3).

[1]- أنظر :المادة الأولى و الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 67/98 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية و كذا موقع الصندوق على الانترنيت : www.cgmp.org.dz

ولكي يتمكن الصندوق من القيام بمنح مختلف الكفالات المنصوص عليها ضمن قانون الصفقات العمومية ، فإنه يربط علاقات سواء مع البنوك المانحة للتمويل أو الآمرين بالصرف و كذا المتعاملين المتعاقدين حيث تبرز علاقة الصندوق بالبنوك خاصة في مجال الضمان الاحتياطي إذ يتدخل الصندوق كوسيط بين البنوك والخزينة العمومية لخصم السندات الإذنية وهو ما سنتطرق له عند دراستنا لهذا النوع من الضمانات الشخصية .

أما علاقته مع الآمرين بالصرف في مجال الكفالة ، وطبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم268/97 المؤرخ في 1997/07/21 المحدد للإجراءات المرتبطة بالالتزام وتنفيذ النفقات العمومية و حصر اختصاصات و مسؤوليات الآمرين بالصرف ، يتدخل الصندوق من زاوية مراقبة طبيعة ومبلغ الصفقة التي سيضمنها و هذا من خلال نظام إعلام دائم مع الآمرين بالصرف[1]، كما تبرز هذه العلاقة من خلال رقابة تنفيذ الصفقات العمومية وفيما يخص رفع اليد على الكفالات التي يقدمها الصندوق للمؤسسات لا سيما "**كفالة الضمان**" يمكن للمصلحة المتعاقدة عن طريق الآمر بالصرف أن تشعر الصندوق برسالة موصى عليها بعدم تحرير الكفالة للمتعامل الحائز على الصفقة و تمديد الأجل لأكثر من شهر لأن هذه الكفالة يتم رفع اليد عنها آليا بعد مضي شهر واحد إبتداءا من تاريخ الاستلام النهائي إلا في حالة عدم إلتزام المتعامل المتعاقد بجميع البنود العقدية و هنا تحرر كفالة الضمان برفع اليد صادر عن الآمر بالصرف و يوجه إلى الصندوق . أما علاقة الصندوق بالمؤسسة المتعاقدة فإن هذه الأخيرة تعتبر زبونا للصندوق فيما يخص الحصول على كفالته و ضماناته حيث يقوم بإعلامها و توجيهها و منحها الكفالات ، وفي المقابل تقدم المؤسسة التأمينات الضرورية ، وذلك بالموازاة مع الأخطار التي يتحملها الصندوق مقابل القرض بتوقيع الذي تستفيد منه المؤسسات .

لكن ما هي الآليات القانونية لتدخل الصندوق في ضمان عملية التمويل ؟

1) **الرهن الحيازي للصفقة :** le nantissement du marché

تنص المادة 948 من القانون المدني على أن: "الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يحق له حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين و أن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون"[2].

يعتبر الرهن الحيازي أحد أشكال تمويل الصفقة العمومية لأنه يكون مقابل مبلغ مالي لتغطية نقص في خزينة مؤسسة إنجاز الصفقة و لتمكينها من مواصلة أشغال الإنجاز ،ويتم الرهن الحيازي حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 حيث :

- يتم الرهن الحيازي لدى مؤسسة أو مجموعة من المؤسسات المصرفية سواء كانت عمومية أو خاصة أو لدى صندوق ضمان الصفقات العمومية وتسمى هذه المؤسسة بـ "المتنازل له عن الصفقة".

- يكون الرهن الحيازي مقابل نسخة من الصفقة تحمل بيانا يشير إلى أن هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازي و البيان يكون في شكل العبارة التالية "مقبول كسند للرهن الحيازي "و هذه الوثيقة تقدمها المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد ، وقد تحل محل الوثيقة سابقة الذكر "مستخرج من الصفقة" إذا كان تقديم النسخة الكاملة من شأنه

[1] - أنظر: المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 98-67

[2] - يعد الرهن الحيازي أحد الضمانات العينية لأنه يرتكز على موضوع الشيء المقدم للضمان.

الإخلال بالسر المطلوب في الصفقة شرط أن يتضمن المستخرج البيانات اللازمة التالية : تاريخ صدور الوثيقة ،ختم المصلحة المتعاقدة وإمضاء الآمر بالصرف .

- يبلغ المتنازل له المحاسب المعين[1] في الصفقة بالرهون الحيازية ، وهذا الأخير عوض أن يدفع الكشوف إلى رصيد المؤسسة يدفعها إلى رصيد المتنازل له الذي يصبح المستفيد بدلا من المؤسسة المتعاقدة .

- يرسل المحاسب المعين للمتنازل له وثيقة تبين الوضعية المالية للصفقة العمومية ،بالنسبة للمصلحة المتعاقدة تقدم للمتنازل له كشفا موجزا للخدمات المنجزة و إما بيانا تفصيليا للحقوق المثبتة لصالح المتعامل المتعاقد أو كشفا بالتسبيقات المدفوعة.

- يقبض المستفيد من الدين بمفرده مبلغ الدين المخصص لضمان حقوقه وذلك في أجل لا يتعدى اليوم الأخير من أيام العمل السابق لليوم الذي يجرى فيه الإشعار بالرهن الحيازي المعني

تقدم على حقوق المستفيد من الرهن الحيازي الحقوق التالية :

- إمتياز المصاريف القضائية
- إمتياز متعلق بأداء الأجور و تعويض العطل المدفوعة الأجر في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية
- إمتياز أجور المقاولين القائمين بالأشغال أو المتعاملين الثانويين أو الموصين الثانويين المعتمدين من المصلحة المتعاقدة
- إمتياز الخزينة فيما يخص الضرائب و الإقتطاعات
- إمتياز ملاك الأراضي التي تم شغلها [2].

يتم رفع اليد على الرهن الحيازي بطلب من المتنازل له من المحاسب الحائز على النسخة الخاصة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام .

الرهن الحيازي لم يكن من الوظائف المنوطة بالصندوق ولم يرد ذكره في المرسوم التنفيذي رقم98-67 المتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه وسيره ، لكن نصت المادة 97 من المرسوم الرئاسي 02-250 على استفادة الصندوق إلى جانب المؤسسات المصرفية التي يتم لفائدتا الرهن الحيازي ، و هذا بعد طلب الصندوق من وزارة المالية أصولا تمكنه من منح التسبيقات للمؤسسات الحائزة على الصفقات العمومية مقابل الرهن الحيازي لفائدته ( أنظر الملحق رقم 2 ).

و هناك فرق بين الرهن الحيازي للصفقة لفائدة البنك و الرهن الحيازي لفائدة الصندوق إذ يكون لفائدة الصندوق في حالة ما إذا تأخر الآمر بالصرف عن صرف الدفعات في أجل ثلاثين يوما إبتداءا من يوم استلام الكشف أو الفاتورة و يتنازل المتعامل المتعاقد عن فوائد التأخير لحساب الصندوق عندما يطلب منه رصد الدين المتولد و المعاين[3].

في حين يتم الرهن الحيازي لدى البنك في حالة أي نقص في خزينة المؤسسة وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 97 من المرسوم الرئاسي 02-250 .

---

[1]- يدعى في صلب نص المادة 97 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بالغير الحائز للرهن إزاء المستفيدين منه.

[2] - MANSOURI Mansour, système et pratiques bancaires en Algérie, édition Houma, Alger, 2005, p 144

[3]- أنظر: المادة 77 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

و في إطار الصلاحيات المخولة للصندوق أيضا ، أفادت المادة 63 من قانون المالية لسنة 2005 على أنه:" يمكن أن يسدد صندوق ضمان الصفقات العمومية الفوائد التأخيرية الناجمة عن تنفيذ صفقات عمومية مرهونة لصالحه" وللإشارة فإن الصندوق يقبل الرهن الحيازي للصفقات العمومية والمبرمة مع المؤسسات المتعاقدة م مقابل الكفالات التي تمنح لها .

و بإجراء مقارنة مع نظام الضمانات المعمول به في فرنسا فيما يخص تمويل الصفقات العمومية نجد أن القانون رقم 81-01 المؤرخ في 1981/01/02 و الذي يسمى أيضا بقانون **ديلي** "DAILY" قد أدخل إجراءا بسيطا للرهن الحيازي و التنازل عن الدين بحيث وخلافا للقانون المدني تم اعتماد أحكام قانون **ديلي** في مجال تمويل الصفقات العمومية والخاصة بتبسيط إجراءات الحصول على قروض بنكية .

2 ) **الضمان الاحتياطي**[1] **:** L'aval

يسمى أيضا نظام الوسيط ،إذ يتدخل صندوق ضمان الصفقات العمومية تسهيلا للتنفيذ المالي للصفقة العمومية كوسيط بين المؤسسة الحائزة على الصفقة (المتعامل المتعاقد مع الإدارة) و البنك الذي يقدم لها القرض لتمويل الصفقة بتقديمه الضمانات اللازمة و يكون ذلك عندما يقرر البنك عدم التزامه مع المؤسسة لعدم تقديمها الضمانات الكافية ، و يلتمس البنك ضمان الصندوق لهذه المؤسسة ،ويسمى الصندوق في هذه الحالة الضامن الاحتياطي "l'avaliseur". عند حلول أجل استحقاق الدين ،إذا لم تتمكن المؤسسة من تسديد ديونا إزاء البنك يلتزم الصندوق بتسديد المبلغ المستحق للبنك ، ويرجع هذا الأخير على المؤسسة لاسترجاع ما دفعه ومن الناحية العملية أثبتت التجربة الميدانية ضعف بل انعدام العمل بنظام الوسيط أو الضمان الاحتياطي في مجال الصفقات العمومية وهذا راجع لعدة عوامل أهمها :

**أ- بالنسبة للبنوك :** إن انشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية جاء كتكملة للنظام المصرفي الجزائري وهذا ما يجعل الصندوق في موقع منافسة مع البنوك في مجال إختصاصه ألا وهو تمويل الصفقات العمومية التي أصبحت تستقطب إهتماما واسعا من طرف البنوك و المؤسسات المالية لذا فإن هذه الأخيرة لا تلجأ إلى الصندوق كوسيط ليقدم ضمانات لزبائنها ، بل تسعى جاهدة لجلب أكبر عدد من المتعاملين و تمنح لهم أكبر قدر من التسهيلات .

ب- **بالنسبة لمؤسسة الحائزة على الصفقة** : يشكل الضمان الاحتياطي أعباء إضافية بالنسبة لخزينتها،فهي تسدد فوائد للبنك مقابل القرض وتسدد عمولة للصندوق مقابل الضمان الاحتياطي ، فالمؤسسة بالنظر لوضعية خزينتها و احتياجاتا لتمويل الصفقة تفضل أن تأخذ قرضا مباشرة من البنك دون اللجوء لوساطة الصندوق خاصة مع التسهيلات التي تقدمها البنوك لمؤسسة الإنجاز .

ج- **أسباب اقتصادية وأخرى قانونية :** لا يمكن اللجوء للضمان الاحتياطي إلاّ إذا كانت البنوك تعاني نقصا في السيولة لذا فعندما تلجأ المؤسسات لها لطلب قروض تمويل الصفقات العمومية تكون عاجزة عن تمويلها ، في هذه الحالة تلجأ هذه البنوك للإقتراض من بنك الجزائر حسب احتياجات خزينتها مقابل السندات الإذنية التي تكون بحوزتا والتي أصدرت لتمثيل القروض المفتوحة و الممنوحة لتمويل الصفقة العمومية .

---

[1]- يعتبر الضمان الاحتياطي أحد أنواع الضمانات الشخصية علاوة على الكفالة ( المادة 409 من القانون التجاري )

و يتدخل الصندوق لتقديم الإمضاء الثالث على السندات الإذنية الضروري لعملية الخصم عند بنك الجزائر إلا أنه في الوضعية الحالية للبنوك فهي تملك السيولة الكافية لتمويل المشاريع العمومية و هي بذلك ليست بحاجة إلى الاقتراض من بنك الجزائر .

أما بالنسبة للسبب القانوني ، فإن نظام الوسيط لا ينشأ إلا إذا كان صاحب الإمضاء الثالث و هو صندوق ضمان الصفقات العمومية يتمتع بامتياز الخزينة ، وفحوى هذا الامتياز هو الحق الذي تتميز به الخزينة العامة ، إذ لها القدرة على الاقتراض من بنك الجزائر دون تحديد سقف لمبلغ القرض الذي يطبق عليه فوائد عادية في حين أن باقي البنوك عندما تلجأ للاقتراض من بنك الجزائر مع تحديد سقف لمبلغ الإقراض الذي يطبق عليه فوائد عادية ، أما إذا تجاوزته فتفرض عليها فوائد جد مرتفعة.

يمنح امتياز الخزينة للصندوق لاستقطاب البنوك لطلب الإمضاء الثالث و الذي يمكنها من الاقتراض من بنك الجزائر دون التعرض لتحمل الفوائد المرتفعة التي يفرضها ، إلا أنه لم يمنح هذا الامتياز نظرا لوضعية البنوك المالية المريحة، فضلا عن الوضعية الاقتصادية المتميزة بعدم وجود صلابة الدين "la rigidité de crédit " .

وللإشارة فإن الضمان الاحتياطي ينقسم إلى نوعين هما :

- **الضمان الاحتياطي الشرطي** : عندما يتقاسم البنك أو الصندوق الخطر الناجم عن إفلاس المؤسسة المقترضة و يكون ذلك بمقابل ، إذ يأخذ كل من البنك والصندوق عمولته من المؤسسة الحائزة على الصفقة حسب درجة الخطر الذي يتحمله من جراء عجز هذه المؤسسة .

- **الضمان الإحتياطي غير الشرطي :** عندما يتحمل الصندوق كامل المسؤولية و تبعات القرض في حالة إفلاس المؤسسة المقترضة و بالمقابل يستفيد الصندوق من العمولة من جراء تحمله الخطر الذي ينجر عن مسؤوليته .

لا توجد قواعد تحدد متى يكون الضمان الإحتياطي شرطيا أو غير شرطي بل ذلك يرجع للتفاوض بين البنك وصندوق ضمان الصفقات العمومية بعد دراسة الوضعية المالية للمؤسسة المتعاقدة مع الإدارة وتقدير درجة الخطر و كذلك دراسة تبعات القرض على هذا الأساس تحدد درجة تحمل المسؤولية لكل طرف و كذلك نسبة العمولة التي يستفيدون منها .

ويمكن للسند الإذني أن يكون محل تجديد لمدة محددة باتفاق بين البنك و الصندوق في حالة عجز المتعامل المتعاقد المستفيد من القرض فيتم اللجوء لتمديد المهلة لإعطاء المستفيد من القرض فرصة تسديد ديونه مقابل عمولة إضافية يستفيد منها الضامن الاحتياطي.

### <u>الفرع الثالث</u> : الضمانات المالية الأخرى

نص قانون الصفقات العمومية على مجموعة من الضمانات المالية ، تشكل حقوقا للمصلحة المتعاقدة في مرحلة التنفيذ و تتمثل في :

1. **الضمانات الخاصة** :

ثمة ضمانات خاصة يمكن إشتراطها على المتعامل المتعاقد وفي حالات معينة كأن تشترط الإدارة مثلا تقديم كفالة أو الإلتجاء إلى كفيل شخصي أو إلى هيئة تأمين ، لضمان العتاد و السلع التي تضعها تحت يد المتعامل المتعاقد معها ، كما تستطيع أيضا أن تنص في دفتر الشروط على جزاءات ترتبها في حالة تأخر المتعاقد في رد العتاد الذي قدم إليه ، ويمكن للإدارة كذلك أن تنص في دفتر الشروط على ضمانات أخرى إستثنائية حتى تتمكن من تنفيذ العمل الذي توكله إلى المتعاقد معها[1] .

2. **الضمانات ذات الطبيعة الحكومية** :

تم استحداثها لأول مرة ضمن أحكام المرسوم رقم 82-145 و تخص المؤسسات الأجنبية ،كما أن المادة 81 من المرسوم الرئاسي 02-250 قد نصت على الضمانات ذات الصبغة الحكومية التي تم المؤسسات الأجنبية و هي :

- الأحكام التي تندرج في إطار استعمال القرض الناتج عن عقود حكومية مشتركة .
- الضمانات الحكومية التي تستخدم مساهمة الهيئات المصرفية أو هيئات التأمين ذات الصبغة العمومية أو شبه العمومية.

و تسمح هذه الضمانات للمصلحة المتعاقدة من توفير الحماية اللازمة لأي طارئ قد يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من جانب المتعامل الأجنبي من خلال التزام الهيئات العمومية و شبه العمومية بدفع المتعامل الأجنبي للوفاء بالتزاماته مع تعويض الضرر الحاصل بفعل سوء التنفيذ.

و يحظى بالأسبقية في إختيار المتعاملين المتعاقدين الأجانب من يقدم منهم أوسع هذه الضمانات ، مع مراعاة أهمية الحصص أو المواد المعالجة ثانويا في السوق الجزائرية و هو ما أفادت به المادة 83 من المرسوم الرئاسي 02-250 ، و يلاحظ في هذا النوع من الضمانات عدم تحديد إجراءات أو كيفيات التأسيس رغم أنه يفهم من نص المادة 82 على أن الضمانات التي تحصل عليها المصلحة المتعاقدة لاسيما في الميدان المالي هي الضمانات النقدية التي تغطيها كفالة مصرفية يصدرها بنك أجنبي من الدرجة الأولى يعتمده البنك الجزائري المختص .

3. **اقتطاعات حسن التنفيذ**: Retenues de bonne exécution

من بين أهم الضمانات المالية المفروضة على المتعامل المتعاقد في مجال تنفيذ الصفقة و هذا فيما يتعلق بصفقات الدراسات و الخدمات المعفاة من كفالة حسن التنفيذ المحددة بموجب قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالمالية و الوزير المعني و المنصوص عليها طبقا لنص المادة 86 من قانون الصفقات العمومية ، بحيث يمكن تعويض كفالة حسن التنفيذ بهذه الإقتطاعات في حالة ما إذا نص دفتر الشروط على ذلك .

وعندما يكون أجل الضمان منصوص عليه في هذه الصفقات يحول الرصيد المكون من مجموع الإقتطاعات عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان[2] و تسترجع هذه الإقتطاعات في مدة شهر واحد من تاريخ التسليم النهائي للصفقة.

4. **إقتطاع الضمان**: Retenue de garantie

---

[1]- أحمد فاضل ، المرجع السابق ، ص 105

[2]- أنظر : المادة 86 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

نصت عليه المواد 74 و 75 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 و هو عبارة عن إجراء يتضمن قيام المصلحة المتعاقدة بمناسبة كل عملية تسوية على رصيد الحساب المؤقت للمتعامل المتعاقد ،باقتطاعات محتملة من المبالغ المستحقة لهذا الأخير لأجل ضمان الديون التي يمكن أن تترتب عليه لفائدة المصلحة المتعاقدة ، وبذلك يعتبر اقتطاع الضمان بمثابة كفالة تفرضها مباشرة على المتعامل المتعاقد و دون الحاجة إلى طلب تأسيسها.

و يتم رد اقتطاعات الضمان نتيجة لتسوية حساب الرصيد النهائي بالإضافة إلى شطب الكفالات التي كونا المتعامل المتعاقد.

## المطلب الثاني : ضمانات التنفيذ التقني للصفقة العمومية

يجب على المتعامل المتعاقد تنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجب ومجموع وثائق العقد و لن يدفع عنه هذا الالتزام إلا القوة القاهرة[1] ، لأن التزامه هذا يعد الأثر العام و الأساسي و هو يعكس القوة الإلزامية لتنفيذ الصفقة.

إلا أنه قد يصادف عملية التنفيذ ظروف معينة تعفيه من ذلك أو في حالات يتخلى المتعامل المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته مما يفرض عليه توقيع جزاءات مختلفة لاسيما حق الإدارة في فسخ العقد أو فرض عقوبات مالية و غيرها.

وبما أن تنفيذ العقود الإدارية عامة والصفقات العمومية على وجه الخصوص يخضع لمبدأ رعاية المصلحة العامة وضمان استمرارية المرفق العام ، فإن المتعامل المتعاقد ملزم بأداء شروط الصفقة المتعاقد عليها لأنه الأقدر و الأنسب على ذلك حسب ما تقتضيه أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 لاسيما في المواد 29و80 منه إذ يحرص المتعاقد مع الإدارة في مجال التنفيذ التقني للصفقة على مايلي :

1- الأداء الشخصي للخدمة موضوع الصفقة .

2- أداء الخدمة موضوع العقد حسب الكيفيات المتعاقد عليها وبحسن النية.

3- الإلتزام بأداء الخدمة موضوع العقد في الآجال المتفقة عليها[2].

4- الإلتزام بالضمانات ذات الطبيعة التقنية .

### الفرع الأول : حالة التنفيذ العادي للصفقة

إن التزامات المتعامل المتعاقد لا يمكن حصرها من جميع النواحي لأنا تتعلق بطبيعة كل عقد من العقود الإدارية ومع ذلك يمكن التمييز بين حالتين أساسيتين هما :

-حالة التنفيذ العادي لموضوع الصفقة .

- حالة التنفيذ غير العادي لموضوع الصفقة .

#### 1. الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد :

القاعدة العامة **أن** المتعامل المتعاقد يتولى شخصيا مهمة إنجاز الصفقة المتعاقد عليها، ذلك أن المصلحة المتعاقدة تراعي اعتبارات عديدة في اختيارها للطرف المتعاقد بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام ، حيث تراعي

---

[1] - GAUDEMET (Y) , op.cit , p 696.

[2]- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 174.

معايير خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها سواء من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السيرة أو الجنسية...الخ أي أن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول .

ومن ثم فإن المتعامل المتعاقد ملزم بالتنفيذ الشخصي للصفقة و بالطريقة و الكيفية التي ارتضاها و اختارها[1]،ولا يعفى من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى متعاقد ثانوي ( le sous traitant) ، فالمتعاقد الأول يظل مسؤولا عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء عن أعماله الشخصية أو عن أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعة[2] .

ولا يقصد بالأداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع الصفقة أن يلتزم المتعامل المتعاقد بأداء الخدمة دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بم لتنفيذ المشروع محل العقد ، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في صفقات انجاز الأشغال ، بل المقصود به أن المتعامل المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤوليته التي تعهد بالوفاء با إلى الغير فيتحلل من بعض إلتزاماته ، فهو المسؤول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل و النهائي للمشروع حتى و لو عهد إلى الغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي وهذا مانصت عليه المادة 95 من قانون الصفقات العمومية.

2.**أداء الخدمة حسب الكيفيات والشروط المتعاقد عليها :**

على المتعامل المتعاقد أن ينفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ الأعمال بحيث غالبا ما يتضمن دفتر شروط الصفقات بيانا أو بندا تكميليا يوضح شروط دخول الصفقة حيز التنفيذ إلى جانب تبيان موضوع الصفقة محددا و موصوفا وصفا دقيقا[3] .

إذ ينبغي على المتعامل المتعاقد أن يتحمل نتيجة تعهده و التزامه بأن ينفذ موضوع الصفقة حسب ما تم الإتفاق عليه في بنود الصفقة، بحيث تقوم مسؤوليته عن كل ما يتضمنه التنفيذ من عيوب (ضمان العيوب ) بالإضافة إلى ذلك ينبغي عليه الامتثال لأوامر الإدارة و نواهيها في إطار ممارسة سلطة الإشراف و الرقابة .

3.**الالتزام بتنفيذ موضوع الصفقة بطريقة سليمة وعناية تامة** :

يتطلب هذا الأمر إحاطة المتعامل المتعاقد و درايته بكافة الشؤون التقنية، كما يجب عليه توفير الجو الملائم لتنفيذ المهمة الموكلة له ولمستخدميه ،كاتخاذه الإحتياطات الكافية لوقايتهم من أخطار العمل والحوادث أو دفع أجورهم المستحقة لهم[4] ،كما يلتزم بالنسبة لعقود الأشغال بوضع قائمة بأسماء المستخدمين في ورشاتم تحت تصرف المصلحة المتعاقدة أو مفتشية العمل[5].

وبصورة عامة فإنه على المتعامل المتعاقد أن يبذل عناية تامة في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية بما يجعل الأعمال المنفذة من قبله تنسجم مع الغرض الذي ينفذ من أجله ، و كذلك العناية بالظروف الطارئة على العقد.

كما ينبغي أيضا على المتعامل المتعاقد تنفيذ إلتزاماته بحسن النية مثلما تنص عليه المادة 106 من القانون المدني ، بحيث يفترض فيمن يتعاقد مع الإدارة أن يكون أمينا وحريصا على المصلحة العامة التي يريد تحقيقها بواسطة العقد ،

1- CHAPUS (R), op-cit, p 1199.

2- الجبوري محمود خلف ، مرجع سابق ، 162 و ما يليها

3- أنظر : المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250.

4- أنظر :المادة 72 من الأمر رقم 67-90

5- أحمد فاضل ، مرجع سابق ، ص 107.

وعلى ذلك فإنه من المقرر كأصل عام أنه ليس للمتعامل المتعاقد التمسك في مواجهة الإدارة بعدم التنفيذ قياسا على السلطات المخولة لها والمتمثلة أساسا في :

- سلطة الإشراف و الرقابة
- سلطة تعديل العقد
- سلطة إناء العقد (الفسخ الإنفرادي )
- سلطة توقيع الجزاءات .

إذ لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ إلتزاماته مع الإدارة بحجة أنا لم تنفذ التزاماتا.

4- **إحترام الآجال اللازمة لتنفيذ العقد** :

إن للمتعامل المتعاقد آجالا عليه احترامها ، و تفيدنا معرفة هذه الآجال في ال اعات التي قد تطرأ من جراء عدم احترامها وكذا في حساب عقوبات التأخير لصالح المصلحة المتعاقدة ، ويجب أن تحدد في الصفقة جميع الآجال التي يجب احترامها خاصةً آجال تنفيذ موضوع العقد من الناحية الفنية .

ويقوم عادة المتعامل المتعاقد بوضع ما يعرف بمخطط الإنجاز حيث يتطرق فيه إلى المراحل التي ستتم من خلالها إنجاز الصفقة و الذي يضم الفترة الممتدة بين إصدار الأمر ببدء الخدمة و الأشغال (ODS) إلى الاستلام المؤقت و يضع فيه المتعامل المتعاقد نوع الآجال إذا كانت بالأجل الواحد أو الآجال الـزأة ، فالأجل الواحد هو ذلك الأجل الذي يلتزم فيه المتعاقد في يوم نـاية أجل الإنجاز بتسليم الصفقة و لا يجبر على الإسراع في الأعمال ، أما الآجال الـزأة فهي تلك الآجال التي يقسم فيها المتعامل المتعاقد إنجاز موضوع الصفقة إلى عدة مراحل جزئية ويجب عليه أن ينتهي من تنفيذ الأشغال طبقا لما تعهد به في مخطط الإنجاز.

و عند الانتهاء من التنفيذ يتم التأكد من جانب المصلحة المتعاقدة من إحترام مواعيد الإنجاز ويحرر بذلك محضر استلام مؤقت لموضوع الصفقة و تؤسس كفالة الضمان التي تدوم عادة في صفقات الأشغال سنة وهذا كضمان للعيوب الخفية أما العيوب الظاهرة فيتم اكتشافها عند الاستلام المؤقت .

وبعد مرور أجل الضمان يتم ما يسمى بالتسليم النهائي أين يستلم المتعامل المتعاقد في أجل شهر واحد من تاريخ إمضائه محضر الاستلام النهائي بدون أي تحفظ أو عيب .

5- **الضمان العشري :** La garantie décennale

بعد التسليم النهائي للصفقة ، تترتب على المتعامل المتعاقد مسؤولية مدنية تسمى بالضمان العشري[1] في مجال صفقات تنفيذ الأشغال ،كونا تغطي مرحلة ممتدة إلى 10 سنوات ، حيث أن المقاول و المهندس مسؤولان تضامنيا لمدة 10 سنوات[2] عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا

---

[1]- أنظر : المواد من 178 إلى 185 من قانون التأمينات ( الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20 و المتعلق بالتأمينات الجريدة الرسمية رقم 13).

[2]- المادة 554 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

عن عيب في الأرض و يسري هذا الضمان إبتداءا من تاريخ الاستلام النهائي للصفقة نظرا لأن الأمر يتعلق بصفقات إنجاز مشاريع البناء.

و يغطي هذا الضمان أيضا ، الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما ، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية ،و يعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بـ عه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد الانجاز.

و زيادة على هذا الضمان ، يتوجب على كل مهندس معماري ومقاول و مراقب تقني و أي متدخل اكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية و المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء و تجديد البناءات أو ترميمها و هو ما أفادت به المادة 175 من قانون التأمينات.

## الفرع الثاني : حالة التنفيذ غير العادي

يحرص المتعامل المتعاقد على أداء الصفقة التي أبرمها غلى أحسن وجه إلا أنه قد تحدث أو تستجد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ الالتزامات أمرا صعبا وفي بعض الأحيان مستحيلا ، الأمر الذي يدفع الإدارة إلى أن تبذل وسعها لتمكن المتعاقد معها من الاستمرار في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية اتجاهها رغم ما قد تتكبده من خسائر في سبيل تحقيق الهدف الأساسي وهو استمرارية سير المرافق العامة ولكن في بعض الأحيان يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا إستحالة مطلقة وهذا من جراء حدوث فعل القوة القاهرة و التي تم تناولها في المبحث الأول لكن سنفصل في دراسة حالة الإعفاء من تنفيذ الإلتزامات بما فيها تحقق شروط القوة القاهرة .

**1. مفهوم شرط القوة القاهرة في مجال الصفقات العمومية :**

يقصد بالقوة القاهرة حسب القواعد العامة في القانون حدث غير متوقع مستقل عن إرادة المتعاقدين ويترتب عنه استحالة التنفيذ المطلق سواء لكل أو بعض الإلتزامات التعاقدية.

فيما يتعلق بقانون الصفقات العمومية فقد نصت المادة 95 من الأمر 67-90 عن جواز الإعفاء من العقوبات بفعل الأحداث غير المتوقعة و التي لا يمكن مقاومتها ومن شأنا منع صاحب الصفقة من التقيد بآجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد و غالبا ما يتم ضبط كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة بتضمين بند في الصفقة يتعلق بذلك (بند تكميلي ).

وقد استقر القضاء الفرنسي و المصري على اعتماد الشروط السابقة للاعتداد بنظرية القوة القاهرة وقد سايرها في ذلك مجلس الدولة الجزائري من خلال قراره الصادر بتاريخ 1999/03/08 في قضية بلارة توفيق ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة تتلخص فيما يلي :

" أنه بتاريخ 1989/09/09 أبرم السيد بلارة توفيق صفقة مع بلدية سكيكدة قصد بناء مكتبة ونظرا لكون البناية لم تتم في الآجال المنصوص عليها في العقد أنذرت البلدية المتعاقد بتاريخ 1991/03/09 للإسراع في الأشغال غير أن هذا الأخير برر التأخير بعدم تقديم المخطط و البطاقات التقنية وكذا من أجل زيادة أسعار البناء و عدم تطبيق التعليمة الوزارية المشتركة المؤرخة في 1990/11/06 وكذا بأن هناك قوة قاهرة نظرا للوضعية الإقتصادية للبلد و أن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار .

رفعت البلدية دعوى ضده أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة فأصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 1995/04/22 قضت فيه بالتزامه أن يدفع لرئيس بلدية سكيكدة مبلغ قدره 83.255.80 دج الممثل لـ 10٪ من مبلغ الصفقة.

بعد استئناف المتعامل المتعاقد أمام مجلس الدولة بتاريخ 1995/08/26 طالب هذا الأخير بإلغاء القرار وتعويضه بمبلغ 69.712.9 دج إلا أن قرار مجلس الدولة جاء مؤكدا و مؤيدا للقرار المستأنف على أساس :

- مرور أكثر من سنتين ما بين تاريخ إبرام الصفقة و تاريخ الإنجاز بينما حدد أجل الإنجاز بـ 06 أشهر .
- لا وجود لحالة القوة القاهرة ، لكون الوضعية ليس لها طابع عدم التوقع أو الاستثناء[1] ".

2. **تطبيقات القوة القاهرة** : و تتمثل أهم تطبيقاتا في الآتي :

أ. **حالة الظواهر الطبيعية** : تمثل الحدث الطبيعي الخارجي لمفهوم القوة القاهرة الذي لا يمكن توقعه أو تفاديه كالسيول، العواصف والفيضانات، الجفاف غير العادي أو الصقيع ....

ب. **حالة الصعوبات** التي **تواجه الأطراف المتعاقدة** : يظهر دور القوة القاهرة إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة و القاضي هو من يقدرها .

ج. **تأخر و إخلال المقاولين أو المتعهدين من الباطن :** لا يعتبر بحسب الأصل العام من قبيل القوة القاهرة و لكنه يبرر الإخلال بالإلتزامات من جانب المقاول أو المتعهد الأصلي إذا تم قبول المتعهدين من الباطن من جانب الإدارة .

د. **الحوادث وفعل الغير** و مدى اعتبارها من قبيل القوة القاهرة بتطبيق القواعد المقررة بالنسبة لما يعتبر من القوة القاهرة.

ه. **حالة الإضراب**: يعتبر الإضراب مثال نموذجي للحدث الذي كثيرا ما طبقت بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة، و يبحث القاضي عن مدى توافر الشروط المقررة لاعتباره من قبيل القوة القاهرة التي يمكن إجمالها في:

1) أن يكون الإضراب حدثا خارجيا كليا عن المتعاقد ، بمعنى عدم تسبب الأخير في إثارته أو في تسهيل حصوله فحسب ، بل لم يبذل الجهود اللازمة للتوفيق والمصالحة التي تطلب منه شخصيا .
2) أن يكون الإضراب فعلا حدثا خارجيا غير متوقع.
3) أن يكون الإضراب قد أوجد وضعا يصعب تجاوزه لاسيما إذا كان المتعاقد لم يستطع إيجاد البديل لليد العاملة للقيام بالعمل[2].
4) أن يكون الإضراب حدثا خارجيا كليا عن المتعاقد بمعنى عدم تسبب الأخير في إثارته أو في تسهيل حصوله فحسب بل لم يبذل الجهود الأزمة للتوفيق والمصالحة التي تطلب منه شخصيا .

---

[1]- حسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة – الجزء الأول- دار هومة ،الجزائر 2002 ،73 و ما يليها

[2]- المغربي محمود عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص 36.

**و.الحروب :** إن اعتبار الحروب من قبيل القوة القاهرة نادر الحدوث بحيث يبحث القاضي في مدى توفر شروط القوة القاهرة فقد يمكن اعتبار الحروب و ما تحمله من خراب و دمار من قبيل القوة القاهرة.

3. **الآثار المترتبة على القوة القاهرة** : يترتب على توافر شروط القوة القاهرة نتائج قانونية هامة تمس مباشرة حسن تنفيذ الصفقة يمكن إجماله في :

1)- **إعفاء المتعامل المتعاقد من التزاماته:** ونكون هنا أمام حالتين:

**أ -** في **حالة الاستحالة المطلقة للتنفيذ:** يترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من التزاماته اتجاه الإدارة وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة في الكثير من قراراته.

وقد أشار قانون الصفقات العمومية في هذا الصدد في المادة 4/78 على أنه : "..في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض الغرامات المالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال و استئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة لذلك المصلحة المتعاقدة" .

**ب-** قد لا تؤدي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ الالتزامات بصورة مطلقة و عندها يتم وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال السبب المؤدي لهذا الوقف، وعندما تتلاشى تلك الأفعال فإن الالتزام بتنفيذ العقد يعود إلى طبيعته الأولى فالقوة القاهرة لا تمنع تنفيذ الالتزام إلا إذا حالت بين المتعامل المتعاقد وبين الوفاء بالتزاماته .

2)-**الحق** في **الحصول على تعويض:** لا يقتصر التعويض على الأضرار المادية فحسب و إنما يشمل الخسائر الناجمة عن وقوع حادث القوة القاهرة و قد تمت الإشارة إليه ضمن المبحث الأول.

3 )- **فسخ العقد:** إذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة جاز للمتعامل المتعاقد فسخ العقد على أساس القوة القاهرة عكس الاستحالة النسبية التي لا تعطي المتعامل المتعاقد الحق في طلب الفسخ.

ومن جانب آخر قد تتضمن بعض العقود الإدارية نصوصا تسمح بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بصفة نائية .

و يجب هنا على المتعامل المتعاقد الذي يدعي باستحالة تنفيذ التزاماته بسبب القوة القاهرة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد ، إذ لا يمكن للأفراد حرية تقدير توافر حالة القوة القاهرة من عدمها و هذا الحل يعتبر في صالح الإدارة وفي صالح المتعاقد معها فما يمكن اعتباره قوة قاهرة قد لا يعتبره القضاء كذلك، فإذا ما توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته قد يتعرض لتطبيق الجزاءات التعاقدية عليه و هو ما سنتطرق إليه في الفرع الموالي.

**الفرع الثالث : الجزاءات المترتبة عن عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته التعاقدية**

الأصل أن عدم تنفيذ المتعامل لتعهداته اتجاه المصلحة المتعاقدة يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب مسؤوليته إلا إذا تبين أن عدم الالتزام قد استحال بسبب أجنبي لا يد له فيه و لعل من أهم صور السبب الأجنبي كما تمت الإشارة إليه هي حالة القوة القاهرة المثبتة قانونا إضافة إلى ذلك تملك الإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها و تمثل هذه السلطة إحدى الضمانات الهامة و الخطرة في آن واحد لأنا قد تؤدي إلى فسخ الرابطة التعاقدية و نشوب الا اعات المرتبطة بعملية تنفيذ موضوع الصفقة ، بالرغم من أن القضاء الإداري هو المخول قانونا بتقرير الجزاء و تطبيقه .

و يمكن للمصلحة المتعاقدة توقيع الجزاءات إذا ما قصر المتعامل المتعاقد في كيفية أداء التزامه سواء امتنع عن تنفيذ أو تأخر فيه أو نفذ الالتزام على غير الوجه المطلوب أو أحل غيره محله في التنفيذ دون موافقة الإدارة المتعاقدة .

و تخضع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المختلفة لنظام قانوني خاص هو نظام القانون العام في عقود الإدارة إذ أن ضرورة الحرص على سير المرافق العامة تستلزم التشدد في التعامل مع المتعاقد لإجباره على تنفيذ العقد بدقة، ولما كانت الإجراءات المعروفة في قواعد القانون الخاص كالفسخ و التنفيذ العيني مع التعويض لا تكفي للحيلولة دون إخلال المتعاقد ، استلزم أن تتمتع الإدارة بهذا الحق تحقيقا للمصلحة العامة[1] .

وعليه فإن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد نظير إخلاله بالتزاماته المقصود بها سير المرافق العامة و اطراد عملها، ولا يتوقف توقيعها على ثبوت وقوع ضرر للإدارة[2] .

و بناءا عليه يمكننا التساؤل عن وضع المتعامل المتعاقد حيال هذا الامتياز الهام الممنوح للمصلحة المتعاقدة وما هي الحماية المقررة لهذه الأخيرة من خلال سلطة توقيع الجزاءات ؟ وما طبيعة هذه الجزاءات و أثرها على توازن الصفقة ؟

1. **الجزاءات المالية :**

الجزاء المالي هو عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعامل المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية وهذا لضمان تنفيذ الصفقة وفق الشروط و المواعيد المتفق عليها في العقد.

و يأخذ الجزاء المالي صورتين ، الأولى يكون الغرض منها ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد و الثانية المقصود منها توقيع عقاب على المتعامل المتعاقد بغض النظر عن صدور الخطأ من جانبه لأن الجزاءات لا تنحصر في الحقيقة على ضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإنما تشمل كذلك ضمان و تأمين سير المرافق العامة بانتظام و اطراد[3] .

وعليه يشمل هذا النوع من الجزاءات المقررة لمصلحة الإدارة الأشكال التالية :

**أولا- التعويض** :l'indemnisation

القاعدة العامة في التعويض هي أن كل خطأ سواء كان إخلالا بالتزام عقدي أو بالتزام فرضه القانون يسبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ، و يمكن طلب التعويضات كجزاء للإخلال بالتزامات عقدية ، عندما لا ينص العقد ذاته على جزاء مالي لمواجهة هذا الإخلال[4] . و النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قريب من النظام القانوني له في القانون الخاص وهذا فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض وفي اشتراط ركن الضرر ، ولكن يختلف النظامان عن بعضهما البعض فيما يتعلق بكيفية تحصيل التعويض .

يرى البعض أن التعويض لا يعتبر من الجزاءات الإدارية لأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص ، إلا أنه مادامت الإدارة لديها القدرة على الحصول على ذلك التعويض و بنفسها دون عرض الأمر على القضاء مقدما ،فإن ذلك يكفي للقول بأن سلطة الإدارة ملاحظة فيه بشكل واضح ، وبما يكفي لاعتباره من نوع الجزاءات الإدارية المالية.

---

[1]- مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 90

[2]- إبراهيم سيد أحمد ، الحماية الجنائية للعقود الإدارية و المدنية طبقا لأحكام الفقه و القضاء ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، 2000 ، ص 14.

[3]- الجبوري محمود خلف ، مرجع سابق ، ص 116 و كذا سليمان محمد الطماوي , مرجع سابق ، ص 509.

[4]- عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ( دراسة مقارنة ) ، دار الفكر العربي ، 1975 ، ص 181.

و حري بالإشارة إلى أن النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر لم يشر بطريقة مباشرة و صريحة إلى التعويض كجزاء مالي ، يطبق كضمان على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله أو تقصيره في أداء التزاماته العقدية ، إلا أنه يمكن إدراجه في إطار ما أسماه قانون الصفقات العمومية العقوبات المالية الواردة بنص المادة 08 التي أفادت الفقرة الأولى منها على أن : " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ".

و بطبيعة الحال فإن طبيعة الرقابة القضائية اللاحقة تحمل ضمانا أكيدا للمتعامل المتعاقد و الإدارة معا مما قد يشوب تصرف الإدارة بتقدير التعويض بنفسها من أخطاء أو غلو و بإمكان المصلحة المتعاقدة أن تلجأ للقاضي إبتداءا بطلب التعويض[1].

**ثانيا/- الغرامة التأخيرية :** les intérêts moratoires

تعتبر الغرامة التأخيرية مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما و تنص على توقيعها متى أخل المتعامل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ ، و الغرامات في النظام القانوني للعقود الإدارية بوسع للإدارة أن تفرضها سواء نص عليها العقد أم لم ينص عليها [2] .

و توقع بمجرد حصول الإخلال أو التأخير في تنفيذ الالتزام حتى ولو لم يترتب على هذا التأخير أي ضرر للإدارة.

وهي بذلك تختلف عن التعويض الذي يحكم به القاضي والذي يتعين فيه إثبات حصول ضرر لاستحقاقه .

و بناءا على ما سبق ، تتجلى خصائص الغرامة التأخيرية فيما يلي :

**أ-محددة مسبقا** : تتميز غرامات التأخير بأنا اتفاقية ، أي أنا محددة مقدما في العقد أو القانون ، فالصفقة عادة ما تحدد مقدار الغرامة التي تملك الإدارة إيقاعها بحق المتعامل المتعاقد غالبا ، و بذا يلتزم الطرفان بتلك الأحكام الواردة في العقد و لا يملك أيا منهما التحلل منها كما تطبق تلك الأحكام التعاقدية إذا تعارضت مع الأحكام الواردة في النص القانوني ، فأولوية التطبيق في حالة التعارض هي للأحكام الواردة في العقد[3].

كما أن النص على الغرامة يعني وجوب الالتزام بألا يزيد مبلغها عما هو منصوص عليه ، فلا تستطيع الإدارة أن تزيد من قيمة الغرامة أو أن تستبدل غيرها بحجة عدم تناسب المبلغ المنصوص عليه مع الضرر حتى ولو كان ذلك الضرر يتجاوز حقيقة المبلغ المحدد للغرامة ، كما أن المتعاقد لا يستطيع الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن الإدارة لم يصبها ضرر أو أن الضرر غير كبير بحيث لا يتناسب مع الغرامة لأن الضرر هنا متحقق بمجرد وقوع التأخير لتعلق موضوع العقد بتنفيذ أو تسيير مرفق عام ، فالعبرة هنا ليست في وقوع الضرر بل في حصول التأخير .

**ب-ذات طبيعة عقابية :** تملك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيع هذا النوع من الجزاءات المالية على المتعاقد المقصر أو المخالف ، دون أن تكون ملزمة بإثبات أنه قد أصابا ضرر من جراء التأخير في تنفيذ العقد و يجوز جمع الجزاءات المتمثلة

---

[1]- عبد المجيد فياض ، المرجع نفسه ، ص 185

[2]- الجبوري محمود خلف ، المرجع نفسه ، ص 117.

[3]- علي خطار شطناوي ، مرجع سابق ، ص 80.

في الغرامة التأخيرية و الجزاءات الأخرى الضاغطة و الفاسخة إذا توافرت أسباب توقيع تلك الجزاءات، فيجوز مثلا سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه فضلا عن توقيع الغرامة [1].

**ج- ذات طبيعة إدارية :** توقعها الإدارة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء للحكم بتوقيعها ، فالمصلحة المتعاقدة تفصح عن رغبتها في استعمال سلطة توقيع جزاءات على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته بموجب صدور قرار ادري بتوقيع غرامة التأخير التي هي جزاء مالي، لا يكفي مجرد النص عليه ليصبح استحقاقه أمرا مقضيا تطالب به جهة الإدارة المتعاقدة في أي وقت تشاء وعليه تطبق الإدارة غرامات التأخير بإجراء إداري صادر عن إرادة الإدارة المنفردة دون أن تكون ملزمة بالالتجاء إلى القضاء ، و عليها هنا أن تتأكد من إخلال المتعاقد بالفعل عن تنفيذ إلتزاماته ، ولا يجوز لها فرض هذا الجزاء المالي على مجرد افتراضات أو قناعات غير مبررة و ثابتة.

و بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية ، نجد أن المادة 8 منه أشارت بوضوح إلى هذا الجزاء بنصها على أنه: " ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات المتعاقد عليها في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط."

كما ذهب إجتهاد قضاء الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى تكريس تطبيق الغرامات التأخيرية ، كما هو الشأن في القرار الصادر عنها بتاريخ 1989/12/16 في قضية ( ع.ط ) ضد والي ولاية قالمة [2].

**ثالثا/- مصادرة الكفالة ( التأمينات ):**

إن الجزاء المالي الآخر الذي غالبا ما تنص عليه الصفقات العمومية هو مصادرة التأمينات ، و هي عبارة عن مبالغ مالية تودع لدى جهة الإدارة تتجنب بها آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذه بنود العقد و يضمن لها ملاءته لمواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره.

و على ذلك إشترط التنظيم القانوني للصفقات العمومية كفالة حسن التنفيذ ، كضمان مالي من شأنه أن يكفل التنفيذ الجدي و الحسن للصفقة المتعاقد عليها.

و عليه فإن الضمان الذي يقدمه المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة يقصد من ورائه القيام بتنفيذ إلتزاماته طبقا لشروط العقد و المواعيد المحددة ، بحيث لو قصر في ذلك كان للمصلحة المتعاقدة حق مصادرة هذا الضمان أو الكفالة حتى و لو لم ينص على ذلك في دفتر الشروط الإدارية العامة أو في العقد ما دام أن الغاية من التأمين هي ضمان التنفيذ الفعلي للعقد [3].

و يتميز هذا الجزاء بما يلي :

1) إن حق الإدارة في مصادرة الضمان عند التقصير في التنفيذ يقوم حتى و لم ينص عليه.

---

[1] - الفياض إبراهيم طه ، مرجع سابق ، ص 211

[2] - جاء في منطوق القرار :" من المقرر قانونا أن غرامات التأخير تطبق عند عدم تكملة الأشغال في الآجال على أساس مواجهة بسيطة بين تاريخ انقضاء الأجل المتعاقد عليه و تاريخ الاستلام و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.و لما كان ثابتا في قضية الحال أن المدة المتنازع عليها كائنة بالضبط خارج مدة تنفيذ الأشغال و التي لا يمكن وضعها على عاتق المقاول، فإن القرار المستأنف فيه القاضي بدفع مبالغ للطاعن تعويضا عن الضرر اللاحق به طبق القانون تطبيقا صحيحا."

[3] - رحال عبد القادر ، سلطة المتعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المقاول المتعاقد معه في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير في الإدارة و المالية مقدمة لمعهد الحقوق و العلوم الإدارية ، تيزي وزو 1990/1989 ،ص 166 و ما يليها.

2) أن للإدارة الحق في توقيع جزاء المصادرة بنفسها دون انتظار لحكم القضاء.

3) تقوم الإدارة بتوقيع هذا الجزاء بغير حاجة إلى إلزامها بإثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء إخلال المتعامل المتعاقد معها ، فالضرر هنا إذا مفترض.

4) التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد يمثل الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضاؤه لكنه لا يمثل الحد الأقصى[1].

2. **الجزاءات الضاغطة** :

تتمتع المصلحة المتعاقدة إضافة إلى توقيع الجزاءات المالية ، بسلطات أوسع في فرض جزاءات أشد و أكثر تأثيرا على المتعامل المتعاقد إذا ما تمادى في عدم تنفيذ الإلتزامات الواقعة عليه ، و يسمى هذا النوع من الجزاءات بالضاغطة.

و يستهدف الجزاء الضاغط تحقيق تنفيذ العقد بواسطة الإكراه ، فهي تعتمد على فكرة أن الصفقة يجب أن تنفذ لأن المرفق العام بحاجة إلى ذلك لإستمراريته.

و تختلف صور الجزاءات الضاغطة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الطرف المتعاقد باختلاف موضوع العقد ، فقد اعتادت الإدارة أن تمارس وسيلة ضغط معينة في مواجهة المتعاقد معها في عقد معين ، فتمارس جزاء وضع المشروع تحت الحراسة في عقد إلتزام المرافق العامة ، و إحلال غير المتعاقد محله في عقد الأشغال العامة و الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد[2].

وفي إطار تنفيذ الصفقة العمومية، يمكن تصور بعض هذه الجزاءات المتمثلة في ما يلي :

**أولا/- سحب العمل من المقاول** في **عقد الأشغال العامة**:

يقصد بذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المتقاول المتعاقد في تنفيذ أعماله و قيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه و تعهد للغير بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول الأول و ذلك تحت إدارتا المباشرة كلا أو جزءا لضمان إنجاز العمل[3].

و منه فإن هذا الجزاء يهدف إلى إرغام المقاول على تنفيذ العقد و ليس من شأنه إناؤه ، بل يستمر منتجا لآثاره و تظل الرابطة التعاقدية قائمة ، و يؤدي هذا الإجراء إلى حلول المصلحة المتعاقدة أو مقاول آخر مؤقتا محل المقاول المخل بالتزاماته و لذلك لا يوقع هذا الإجراء إلا مع قيام الرابطة العقدية[4].

و تجدر الإشارة أن التشريعات المقارنة قد حرصت على تحديد الحالات التي يجوز فيها سحب العمل من المقاول و على سبيل الحصر و هذا مراعاة لعملية إختيار المتعاقد القائمة أساسا على اعتبارات خاصة ، سواء من حيث الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة، ذلك أن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء فيما يتعلق باختيار

---

[1] - محمود فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 858 و ما يليها.
[2] - الفياض إبراهيم طه ، مرجع سابق ، ص 214
[3] - عبد المجيد فياض ، المرجع سابق ، ص 213.
[4] - رحال عبد القادر، مرجع سبق ذكره ، ص 182 و ما يليها.

المتعاقد أو تنفيذ العقد ، و من ثم ليس من السهل حرمان هذا المتعامل المتعاقد من أداء الالتزامات التي أسندت له ، هذا من جهة.

أما من جهة أخرى فإن ذكر حالات معينة في النصوص مع تخويل الإدارة حق سحب العمل من المقاول إذا وجد فيها له فائدة أساسية تتعلق بمدى رقابة القضاء ، ففي هذه الحالات ليس للقاضي أن يتدخل للحكم على مدى ملاءمة السحب للخطأ ، ما دام أن ذلك الخطأ من بين الأخطاء التي تبرر السحب في نظر المشرع ، أما في الحالات غير المنصوص عليها فإن للإدارة أن تسحب العمل و لكن يكون للقضاء في هذه الحالات الحكم على ملاءمة السحب للأخطاء المنسوبة للمقاول[1].

و بالرجوع إلى قانون الصفقات العمومية في الجزائر ، نجد أنه قرر جزاء سحب العمل من المقاول في المادة 35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و المواصلات التي أفادت الفقرة 3 منها بأن :" ... إذا لم ينفذ المقاول المقتضيات المفروضة ، يجوز للمهندس الرئيسي باستثناء حالة الاستعجال بعد عرض المسألة على الوزير ، أن يأمر بإجراء النظام المباشر الذي يجوز أن يكون جزئيا...".

كما حددت هذه المادة ترتيبات سحب العمل من المقاول في فقرتا الخامسة التي نصت على أنه :" و على كل حال يرفع الأمر المتعلق بهذه العمليات إلى الوزير الذي يمكنه تبعا للظروف أن يأمر بإعادة إجراء المناقصة على ذمة المقاول المتخلف أو فسخ الصفقة دون قيد أو بمتابعة النظام المباشر بالإدارة".

كما أوضح هذا النص حالات السحب و التي يتضح من مراجعتها أنها وردت على سبيل الذكر لا الحصر ، و هذا ما تبينه الفقرة الأولى للمادة 35 بجلاء حيث تنص على أنه :" إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر العمل التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري ، يعمد المهندس الرئيسي إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط و الأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

و من ثم نستنتج من هذا النص الوارد بصفة العموم أن المشرع لم يحدد حالات سحب العمل من المقاول على سبيل الحصر.

و نظرا لخطورة هذا الإجراء المخول للمصلحة المتعاقدة توقيعه على المقاول المتعاقد معها في حالة تقصيره ، و ما ينتج عنه من آثار قد تكون سلبية في مجال الأشغال بسبب تخوف المقاولين من التعاقد مع المصلحة المتعاقدة فلا بد من توافر شروط محددة لممارسته لكي تترتب آثاره ، لذا لا بد من التعرض إلى هذه الشروط و الآثار معا.

**أ- شروط تطبيق جزاء سحب العمل من المقاول** :

يجب لممارسة سحب العمل من المقاول توافر شروط معينة و تتمثل في :

1) **إرتكاب المقاول لخطأ يوجب السحب** : و هذا الخطأ إما أن يكون بمخالفة نصوص العقد أو مخالفة روح العقد[2]،و يتعين هنا أن تكون الأخطاء على درجة كافية من الجسامة حتى تكون مبررا لتطبيق هذا الإجراء ، فالأخطاء البسيطة و القليلة الأهمية لا تكفي لتبرير هذا الإجراء[3].

---

[1] - مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 100
[2] - الفياض إبراهيم طه ، مرجع سابق ، ص 218
[3] - رحال عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 186 و ما يليها.

و يبقى إخلال المقاول بالتزاماته هو بصفة عامة كل تأخر أو عدم تنفيذ إلتزام عقدي من شأنه الإضرار بالصالح العام ، و تعطيل المشاريع المرتبطة بموضوع العقد ، سواء كان راجعا لعدم الاستجابة لنصوص العقد أو لأوامر المصلحة المتعاقدة ، أو بسبب المركز المالي للمقاول مما يعرقله عن تنفيذ إلتزاماته.

2) **إعذار المقاول** :يصدر جزاء سحب العمل من المقاول بعد إعذاره من قبل الإدارة نفسها[1]، و هذا حتى يكون على بينة من أنا عازمة على توقيع هذا الجزاء في حالة إستمرار مخالفته و تقصيره في أداء الالتزامات المفروضة عليه ، و هو ما تقرر صراحة في نص المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء و الأشغال العمومية و المواصلات و التي أفادت :" يعمد المهندس الرئيسي على إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط و الأوامر في أجل يحدد بمقرر يجري إبلاغه بموجب أمر المصلحة".

علاوة على ذلك فإن الإنذار يعد إثباتا قانونيا لحالة تأخر المقاول في تنفيذ إلتزاماته أي إثبات عدم وفائه من الناحية القانونية و عليه فالإنذار يعتبر شرطا ضروريا لسحب العمل من المقاول ، و مع ذلك يمكن في حالة الاستعجال و الحالات الخاصة للمصلحة المتعاقدة أن تسحب العمل من المقاول المقصر دون إنذاره و يتحمل النفقات المترتبة على هذا الإجراء رغم عدم وجود إنذار و هذا ما عالجته المادة 1/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، و كذا في حالة تضمن العقد أو دفتر الشروط الخاصة نصا صريحا بإعفائه من الإنذار.

و لا تحتاج المصلحة المتعاقدة لتوقيع جزاء سحب العمل إلى حكم قضائي بل يكفي الإفصاح عن إرادتا في ذلك بموجب قرار إداري مستوفي للشروط الموضوعية ، حتى لا يتعرض إلى الإلغاء بناء على طلب المقاول.

و بالإضافة إلى ذلك فإنه من حق المقاول أن ينازع أمام قاضي العقد في صحة هذا الإجراء العقابي ، ومن المسلم به طبقا لقضاء ثابت و قطعي أن القاضي لا يملك إلغاؤه أو وقف تنفيذه مهما شابه من عيوب ، بل تقتصر ولاية القاضي على تحقيق طلب التعويض عنه[2].

**ب- آثار سحب العمل من المقاول :**

يترتب على سحب العمل من المقاول نتيجة إهماله أو تقصيره في تنفيذ إلتزاماته ، مجموعة من الآثار أهمها:

- إن سحب العمل لا يعد منهي للصفقة بل يبقى المقاول المعذر ملزما بها[3].
- تنفيذ العقد على حساب المقاول المقصر إما بمباشرة المصلحة المتعاقدة بنفسها أو بواسطة مقاول آخر تختاره لذلك ، و بالطريقة التي تراها مناسبة.
- يظل المقاول الأصلي مسؤولا عن الأشغال ، غير أنه يستبعد مؤقتا عن تنفيذ العمل الذي تأخر في تنفيذه أو عجز عن القيام بذلك.

---

[1] - DE LAUBADERE André, GAUDEMET Yves , <u>Traité de droit administratif</u>, Tome 2 ,droit administratif des biens ,11éme édition , Paris 2002 ,p 400.

[2] - عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص 233

[3] - Idem, p 400.

- يظل المقاول مسؤولا عن جميع إلتزاماته التعاقدية بعد سحب العمل و لا يمكنه استرداد التأمين أو الضمان وقت الإعلان عن إجراء السحب ، و منطقي ألا يطالب باقتضاء الأشغال التي نفذها بعد إعلان السحب ما دام أن العمل مستمر في التنفيذ على حسابه.

كما يحق له التدخل في إدارة المقاولة و إن كان له حق الرقابة و المتابعة للأشغال مقابل التزاماته بالمصروفات و النفقات الإضافية الناجمة عن هذا الإجراء ، شريطة ألا يعرقل تنفيذ أوامر المصلحة ، و منه يحق له طلب إستبعاد بعض المصاريف التي لا أساس لها أو المبالغ فيها[1].

**ثانيا/- الشراء على حساب المورد في عقد التوريد :**

و يتعلق بعقود التوريد من حيث قيام المتعاقد فيها بالالتزام بأداء مهمات محددة تحتاج إليها الإدارة في قيامها بواجباتا المنوطة با، و من ثمة فإن أي تأخير أو إخلال في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها يؤدي إلى ممارسة هذا النوع من الجزاءات من قبل الإدارة المتعاقدة ، لذلك فإن هذه الأخيرة تملك توقيعه سواء نص على ذلك في العقد أم لا.
و لأن أي عجز من جانب المتعامل المتعاقد من شأنه تديد المرفق العام بالتوقف أو التأخر عن قيامه بمهامه ، يمكن للإدارة القيام بذلك بواسطة قرار تصدره ، حيث يتضمن شراء الأصناف على حساب المورد وعلى مسؤوليته.
و لكي لا تتعسف الإدارة في توقيع هذا الجزاء ، اشترط الفقه و القضاء الإداريين توافر شروط معينة و هي :

**أ- شروط توقيع جزاء الشراء على حساب المورد:**

يشترط لتوقيع هذا الجزاء توافر مجموعة من الشروط التي يمكن إجمالها في ما يلي:

1) يجب أن يكون إخلال المتعاقد من الجسامة بحيث يبرر للإدارة إستخدام هذا الجزاء ، و يتمتع القضاء بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن عند الطعن في مشروعية قرار الإدارة بفرضه.

و طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، فإن تقاعس المورد عن التسليم أو التأخير الممتد فيه ، أو رداءة الأشياء الموردة تعتبر أخطاء جوهرية تبرر اتخاذ هذا الإجراء و لا يطبق إلا بالنسبة لالتزام بعمل مستحق الأداء لم يف به المورد و بذلك تخضع له الإلتزامات المقبلة التي لم يحن أداؤها بعد.

2) إعطاء مهلة أولية بإخطار المتعاقد بوجوب تنفيذ إلتزاماته ، مع توقيع غرامته إذا اقتضى الأمر ذلك ، إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإعذار.

3) أن يكون القرار الصادر بالشراء مشروعا ، فيمكن للمتعاقد أن يطعن في صحته ، و كما هو الحال في عقود الأشغال العامة ، يجوز للقاضي أن يحكم بإلغاء قرار الشراء على أن تتحمل الإدارة أيضا نتائج قرارها غير المشروع.

**ب- الآثار القانونية لجزاء الشراء على حساب المتعاقد:**

---

[1] - رحال عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 196.

1) التنفيذ على حساب و تحت مسؤولية المورد يعتبر إجراء مؤقتا لا ينتهي بالعقد ، ولكن يظل مستمرا و إنما تحل الإدارة بمقتضاه محل موردها في تنفيذ إلتزاماته التي تخلف عن أدائها على مسؤوليته ، و لها طبقا لتقديرها أن تقوم بهذا التنفيذ بنفسها أو أن تعهد به إلى مورد آخر.

2) يتحمل المورد الأصلي كافة النتائج الباهظة التي تسفر عنها عملية التنفيذ على حسابه ، و لا يلزم أن ينص العقد صراحة على ذلك و لكن إذا أجريت العملية بثمن أقل من ثمن العقد الأصلي فإن الفرق يكون من حق الإدارة و لا شأن للمورد به.

3) تقتصر مسؤولية المورد الجديد على وجود التوريدات التي تضمنها التنفيذ على حساب المورد المستبعد فقط ، فهو ليس مندوبا لهذا الأخير أو وكيلا عنه ، كما لا يقوم بالتوريد لحسابه.

4) تكون الإدارة عندما تقوم بالشراء على حساب المتعاقد وكيلا عنه في هذا الشأن ، فتلتزم بأن تبذل في تنفيذ هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة[1].

و من الأفضل أن تقوم عند الشراء بإتباع طريق المناقصة حتى تتيح الفرصة لكل من يشاء أن يتقدم لها بأسعاره فيزيد عدد المتنافسين و بالتالي تنخفض الأسعار و منه تستطيع الحصول على ما يلزمها بأنسب الأسعار[2].

**3. الجزاءات الفاسخة :**

تندرج الجزاءات التي تملك المصلحة المتعاقدة توقيعها على المتعامل المتعاقد معها حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه هذا الأخير ، فكلما كان الخطأ جسيما كلما تدرجت العقوبة إلى درجة أشد قساوة ، و هذا بمقتضى النصوص المنظمة للصفقات العمومية و دفاتر الشروط المتعلقة بها.

و يعتبر الفسخ الانفرادي أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة و يتمثل أثرها في وضع نهاية للعقد[3]، إذ يفترض إرتكاب المتعاقد خطأ جسيما أو تقصيرا أو إخلالا خطيرا بالتزاماته فتقوم الإدارة بفسخ العقد ، أي إنهاؤه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم[4].

تنص دفاتر شروط الصفقة على الحالات التي تبرر للإدارة اللجوء إلى هذا الجزاء و كذا شروط توقيعه ، فعلى هذا الأساس نصت المادة 50 من قانون الصفقات العمومية على أن تحديد شروط الفسخ يعتبر من بيانات الصفقة الأساسية أو الإلزامية ، و ذلك نظرا لخطورة هذا الجزاء ، كما أشار في القسم الفرعي الثاني من القسم السابع المتضمن أحكاما تعاقدية مختلفة إلى نوعين من الفسخ ، الأول إنفرادي أي من جانب واحد منصوص عليه في المادة 99 ، و الثاني فسخ تعاقدي إتفاقي يتم حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض في الصفقة.

---

[1] - محمود حلمي ، مرجع سابق ، ص 106

[2] - مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 103 و ما يليها.

[3] - GAUDEMET (Y), op. cit. ,p 702 .

[4]- محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص 531.

على أنه في حالة الفسخ في صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها و كذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة[1].

و نظرا لخطورته مقارنة بالجزاءات المذكورة سابقا ، لكونه يؤدي إلى وضع نهاية للرابطة التعاقدية بين طرفي الصفقة و ما يتضمنه خاصة من إسقاط لحقوق المتعامل المتعاقد فإنه من الضروري ضبط شروط إعماله ضمانا لعدم تعسف الإدارة المتعاقدة في توقيعه نظرا لأثاره الثقيلة على المتعاقد معها.

**أولا/ – شروط ممارسة جزاء الفسخ** :

1) **الخطأ الجسيم** : من المسلم به أن هذا الجزاء يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعاقد و بوجه عام فإن الوقائع التي تبرر تطبيق الجزاءات الضاغطة – إذا ظهرت خطورتها بدرجة كافية – يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته[2].

و يعرف الخطأ الجسيم في الصفقة العمومية على أنه عبارة عن إخلال المتعامل المتعاقد بالتزام قانوني أو تعاقدي ، و للإدارة سلطة تقدير مدى جسامة هذا الخطأ أو الإخلال بتلك الإلتزامات ، بحيث يمكن توقيع الفسخ كجزاء و ذلك تحت رقابة القاضي الإداري.

و قد اكتفى المشرع في نص المادة 99 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بالإشارة إلى عدم تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته كمبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد و هذا دون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ ، كما لم تشترط درجة معينة من الجسامة للخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد لمعاقبته بالفسخ ، و هذا من شأنه أن يسمح للمصلحة المتعاقدة باعتبار أي خطأ أو إخلال يرتكبه المتعاقد مبررا لفسخ الصفقة المبرمة بينهما ، فورود النص بهذه العمومية قد يفتح باب التعسف من جانب المصلحة المتعاقدة في توقيع هذا الجزاء.

و قد أفادت المادة 11/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقات الأشغال العامة أنه تعتبر من الأخطاء الجسيمة التي تعرض المتعاقد لجزاء الفسخ قيامه بأعمال الغش و التدليس أثناء إنجاز الأشغال ، و في هذه الحالة لا تتوقف العقوبة عند حد الفسخ بل تتعداه إلى الحرمان من دخول المنافسة في الصفقات العمومية[3].

ومن أمثلة الخطأ المؤدي إلى الفسخ التي تشير إليها أحكام القضاء ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن عدم تنفيذ الأوامر المصلحية الموجهة من قبل عمال الإدارة ، و ترك موقع العمل و إيقاف تنفيذه تعتبر من قبيل الأخطاء المبررة للفسخ التي لا يمكن أن يقبل أي عذر عنها من جانب المتعاقد و منها أيضا عدم مراعاة المواعيد من جانب المتعاقد في تسليم الأعمال أو الأصناف الموردة[4] .

2) **الإعذار:** من حيث المبدأ يجب إعذار المتعاقد مسبقا بالفسخ الجزائي و منحه فترة معقولة تسمح له بأداء إلتزاماته ، و يعتبر الفسخ غير المسبوق بهذا الإجراء معيبا ، و يعفى المتعامل المتعاقد من نتائجه الباهظة.

---

[1]- أنظر : المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250

[2]- عبد المجيد فياض ، مرجع سابق، ص 276.

[3]- رحال عبد القادر، مرجع سابق ، ص 209

[4]- الفياض إبراهيم طه ، مرجع سابق ، ص 226 و كذا الطماوي سليمان محمد ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 554.

و تعفى الإدارة المتعاقدة من الإعذار إذا نص العقد على ذلك ، و في هذه الحالة يجب أن يفسر هذا النص بطريقة ضيقة باعتباره استثناء عن قاعدة عامة ،و لما في هذا الإعفاء من خطورة بالنسبة للمتعاقد.
كما تعفى منه أيضا إذا كان الفسخ على إثر إجراء جزائي ضاغط سبق إعذار المتعاقد به و من أجل ذات الأخطاء[1].

و نظرا لأهمية الإعذار لا سيما باعتباره ينبه المتعامل المتعاقد لإخلاله ، إلا أنه يعد فرصة ثانية له لتدارك تقصيره و تنفيذ إلتزاماته التعاقدية ، فقد نص عليه قانون الصفقات العمومية في المادة 99 و التي أفادت أنه :" إذا لم ينفذ المتعاقد إلتزاماته ، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد.

و إن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن المصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".

على أن يتم توجيه الإعذار في شكل إعلان قانوني بحيث يحدد الوزير المكلف بالمالية بقرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار و كذا آجال نشره.

3) **توقيع جزاء الفسخ بقرار من الإدارة** : يشترط في القرار أن يكون مشروعا ، و يخضع لرقابة القاضي التي تشمل مشروعية العقوبة و ملاءمتها لخطأ المتعاقد ، إذ يجوز للمتعاقد أن يطعن في قرار الإدارة بالفسخ إذا لم يكن مشروعا أو ملائما لخطئه[2].

و تجب الإشارة إلى أنه ليس من حق القاضي إلغاء قرار الفسخ مهما شابه من عيوب ، و إنما تقتصر ولايته على بحث الحق في التعويض و هو ما ذهب إليه القضاء الإداري في فرنسا، و يبقى هذا المبدأ منتقدا لأنه إذا كان الفسخ غير مشروع و لكنه مبرر من حيث الموضوع ، فإن قاضي العقد يعفي المتعاقد الأصلي من نتائجه الباهظة و يستطيع أن يمنحه تعويضا مقابل الأضرار التي تحملها من جرائه.

و إذا كان الفسخ لا يقوم على أسباب مبررة له فإنه يمكن للقاضي أن يمنح المتعاقد تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة مؤكدة و ما فاته من كسب إذا أثبت أنه كان يستطيع أن يحقق ربحا لو قام بالتنفيذ بنفسه[3].

و بالرجوع إلى نص المادة 3/99 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 نجدها تنص على أن :" لا يمكن الإعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان ، و الملاحقات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب سوء تصرف المتعاقد معها ".

و من خلال هذا النص نخلص إلى أن المشرع و علاوة على أنه أعطى للمصلحة المتعاقدة سلطة هامة و هي فسخ العقد كجزاء توقعه على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء إلتزاماته ، فإنه قد أعطاها الحق أيضا في متابعته و ملاحقته بالتعويض جبرا للضرر اللاحق بها بسبب إخلاله في تنفيذ التزاماته و هو ما من شأنه أن يدفع بالمتعاقد إلى إتخاذ كل الاحتياطات الضرورية لأداء التزاماته التعاقدية و التقيد ببنود الصفقة المبرمة لتجنب توقيع مثل هذا الجزاء عليه.

**ثانيا /- الآثار المترتبة عن توقيع جزاء الفسخ :**

---
[1]- عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص 280 و ما يليها.
[2]- مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 107
[3]- عبد المجيد فياض ، مرجع سابق ، ص 300 و ما يليها.

إذا صدر قرار الفسخ و تم تبليغه للمتعامل المتعاقد ، ترتبت عنه الآثار التالية :

1) إناء العقد و انفصام الرابطة العقدية بين طرفيه و يشمل الفسخ العقد كله ، فلا وجود للفسخ الجزئي.

2) يجب على المقاول أن يخلي أماكن العمل و إلا تحققت مسؤوليته[1]، كما أن من حق الإدارة أن ترفض استلام أية توريدات بعد فسخ الصفقة.

3) تسوية مصير الأدوات و المواد الخاصة بالمقاول ، و عادة ما ينظم العقد هذه المسألة ، فإذا لم ينص على ذلك في العقد لا تكون الإدارة ملزمة باكتسابا ، كما أن المقاول له أن يرفض التنازل عنها .

فإذا نص العقد على بعض هذه الأدوات و المواد التي تكتسب بوساطة الإدارة فإن هذا النص ليس من شأنه إلزام المقاول بتقديمها إذا ما فقدت نتيجة قوة قاهرة ، و بالنسبة لعقد التوريد فإن المقاول الذي فسخت صفقته ملزم بإعادة المواد المسلمة إليه من طرف الإدارة من أجل تنفيذ التوريد المتعاقد عليه[2].

**4. الجزاءات الجنائية :**

زيادة على حق الإدارة في توقيع الجزاءات المالية أو الضاغطة أو الفاسخة كضمانات لحسن تنفيذ الصفقة و بالتالي تحقيق إستمرارية سير المرافق العامة ، فإن هناك جزاءات ذات طابع جنائي يمكن للمصلحة المتعاقدة المطالبة بتوقيعها و تطبيقها . ذلك أن عدم وفاء المتعاقد بالتزاماته يشكل أحيانا مخالفة يعتبرها المشرع جريمة جنائية في نفس الوقت الذي يعتبر فيه عدم التنفيذ هذا خطأ عقديا ، ففي هذه الحالة يمكن للإدارة أن تطلب من القاضي الجنائي تطبيق العقوبة المقررة لهذه الجريمة .

و يتوقف توقيع هذا النوع من الجزاءات على اعتبار عدم وفاء المتعامل المتعاقد فوق كون هذا الإخلال خطأ عقديا ، يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات ، و ذلك تطبيقا لمبدأ " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص "[3]، و اشتراط وجود نص تجريمي يعني تقرير قاعدة أساسية من قواعد القانون الجنائي و هي قاعدة شرعية الجرائم و العقوبات و مقتضى هذه القاعدة أن الجريمة لا ينشؤها إلا نص قانوني و أن العقوبة لا يقررها إلا نص قانوني ، فإذا لم يوجد مثل هذا النص فلا يحق البحث عن التجريم و العقاب في مصدر آخر[4].

و بالتالي فإنه لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونا[5].

و من ثم فإن إخلال المتعاقد في أداء إلتزاماته التعاقدية لا يستتبع عقوبة جنائية عليه ، بل لا بد من وجود نص بذلك ، وفقا لمبدأ شرعية العقوبات السالف الذكر.

و الجدير بالملاحظة أن معظم التشريعات المقارنة قد أشارت في قوانين العقوبات الخاصة با ، على بعض الأخطاء التي يرتكبها المتعاملون المتعاقدون مع الإدارة في إطار العقود الإدارية إجمالا و الصفقات العمومية خاصة ،كما أضفت

---

[1]- أنظر : الفقرات 2،3،4 من المادة 23 من دفتر الشروط الإدارية العامة.
[2]- عبد المجيد فياض ، المرجع نفسه ، ص 283.
[3]- أنظر : المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/18 المتضمن قانون العقوبات.
[4]- رحال عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 221
[5]- الطماوي سليمان محمد، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 559.

عليها صفة التجريم ، و مثال ذلك ما ورد في القانون الفرنسي إذ اعتبر المشرع الجنائي أن تأخير المورد المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ عقد التوريد للقوات المسلحة هي جنايات أو جنح حسب الأحوال يعاقب عليها بعقوبات جنائية رادعة للموردين و أعوانهم من عدم أداء التوريد للقوات المسلحة ، و كذلك حالة تأخرهم في تسليم الأشياء الواجب توريدها أو تسليم العمال بسبب إهمالهم أو استعمال الغش في طبيعة و نوع و كمية الأشغال الواجب تنفيذها و هذا حسب المواد من 430 إلى 433 من قانون العقوبات الفرنسي .

كما ذهب التشريع المصري أيضا في هذا الإتجاه ، حيث اعتبر خطأ معينا من أخطاء التعاقد جريمة يعاقب عليها جنائيا ، و من أشهر الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 116 مكرر ( ج ) من قانون العقوبات و التي تنص على أن:"كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الإلتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة أو نقل أو توريد أو إلتزام أو أشغال عامة إرتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 ، أو مع إحدى شركات المساهمة و ترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن و تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكب الجريمة في زمن الحرب و ترتب عليها أضرارا بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها ..."[1].

أما في الجزائر فقد تجسدت العقوبات الجنائية التي يمكن أن تكون محل تطبيق على المتعاقد المقصر في تنفيذ إلتزاماته ، في المادة 161 من قانون العقوبات التي تنص في فقرتا الأولى على أن :" كل شخص مكلف يتخلى إما شخصيا أو كعضو في شركة توريد أو مقاولات أو وكالات تعمل لحساب الجيش الوطني الشعبي عن القيام بالخدمات التي عهدت إليه ما لم تكرهه على ذلك قوة قاهرة ، يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات ، و بغرامة لا يتجاوز مقدارها ربع التعويضات المدنية ، و لا تقل عن مبلغ 2000 دج كل ذلك دون الإخلال بتطبيق العقوبات الأشد في حالة المخابرة مع العدو.

و يحكم على متعهدي التموين أو عملائهم أيضا بذه العقوبات عند مشاركتهم في الجريمة".

أما إذا وقع تأخير عن التسليم أو في الأعمال بسبب الإهمال دون التخلف عن القيام بالخدمات ، فيعاقب الفاعلون بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و بغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية و لا تقل عن 500 دج[2] .

في حين نجد أن المادة 1/163 تعالج حالات الغش و ما يقابلها من عقوبات جنائية إذ نجدها أفادت بأن :" إذا وقع غش في نوع و صفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة أو الأشياء الموردة فيعاقب الجناة بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات و بغرامة لا تتجاوز ربع التعويضات المدنية و لا تقل عن 2000 دج ".

و في جميع الأحوال المنصوص عليها في هذا القسم لا يجوز تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى من وزير الدفاع الوطني[3].

كما أن هناك بعضا من أخطاء المقاول المتعاقد تعتبر جريمة جنائية وفقا لقانون العقوبات وبالتالي فالمقاول يتعرض للعقوبات الجنائية إذا ما ارتكب مثل هذه الأخطاء و مثال ذلك ما ورد في الفقرة ( ب 1 ب) من المادة 18 من دفتر الشروط الإدارية العامة الخاص بالأشغال العامة و المتعلقة بالأشغال لصالح وزارة الدفاع الوطني التي تنص :"عندما

---

[1]- الطماوي سليمان محمد ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص 561
[2]- أنظر : المادة 162 من قانون العقوبات
[3]- أنظر : المادة 164 من قانون العقوبات

يكشف المقاول و المقاولون الفرعيون عمل سوء النية المشهود فيتعين عليهم أن ينذروا فورا مهندس الدائرة أو المهندس المعماري و إلا تقع عليهم المتابعة عند الاقتضاء طبقا للمادة 100 من قانون العقوبات ، و ذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق أو عن فسخ الصفقة دون قيد أو شرط ...".

و منه يتطابق التشريع الجزائري مع نظيره الفرنسي من حيث أن النصوص الجنائية لا تسري إلا على المخالفات المنصوص عليها على سبيل الحصر و هي حالات التأخر في تموين الجيش.

أما بالمقارنة مع القانون المصري فنجد أن مجال تطبيق الجزاءات الجنائية في الجزائر ضيق بحيث يتعلق الأمر بالدفاع الوطني دون غيره بينما في التشريع المصري فيشمل كل العقود التي ترتبط بالدولة و الهيئات التابعة لها ، كما حددته المادة 116 من قانون العقوبات المصري .

أما بالنسبة للإعذار ، فلا يمكن القول به كما هو الشأن في فرنسا ، و كذلك في مصر ، حيث أن تطبيق الجزاءات الجنائية على جرائم المتعاقدين في الحالات التي ينص عليها القانون لا يقتضي وجوب الإعذار المسبق لأنه لا فائدة ترجى منه في مثل هذه الحالات[1].

أما تحريك الدعوى فقد قصرها المشرع الجزائري على وزير الدفاع الوطني مثل نظيره الفرنسي ، فإذا لم تحرك الدعوى من قبل الوزير فإن المحاكمة لا يمكنها أن تتم .

و قد شمل القانون الجنائي الجزائري بالعقاب الأفعال الخاطئة من متعاقدي وزارة الدفاع الوطني بصورة أوسع من القانون الفرنسي ، إذ لم يقتصر على المخالفات المتعلقة بعقود التوريد لهذا المرفق إنما شمل أيضا عقود التوريد ، المقاولات و الوكالات.

و مما سبق نخلص إلى أن الضمانات المفروضة على المتعاقد الحائز على الصفقة و التي نجد معظمها مستمدة من قواعد القانون العام لا سيما تلك الخاصة بسلطات المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المختلفة ، هي ضمانات جد صارمة و ثقيلة مقارنة بالضمانات الممنوحة له ، و هذا ما يستدعي ضرورة توفير الحماية القانونية و القضائية في حالة التعسف في استعمال السلطات المخولة للإدارة المتعاقدة في مرحلة التنفيذ.

## المبحث الثالث : ضمانات تسوية النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقة العمومية

بعد ما تناولناه في المباحث السابقة أن للمصلحة المتعاقدة امتيازات و سلطات كبيرة تظهر و تتجسد من المراحل الأولى لإبرام الصفقة إلى نهاية تنفيذها ، وتظهر بشكل أكثر تمييزاً في مرحلة التنفيذ نظراً لحرصها على أداء الخدمات المتعاقد عليها مع المتعامل المتعاقد على أكمل وجه ، لذا فإن معظم نزاعات الصفقات العمومية تتركز في هذه المرحلة لتعلقها المباشر بحقوق و واجبات الطرفين .

و ضمانا لحسن تنفيذ الصفقة المعلن عنه في المادة 80 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 و كذا حفاظا على حقوق كل طرف من الأطراف ، لم يغفل قانون الصفقات العمومية مسألة هامة و هي تسوية المنازعات الناجمة عن عملية التنفيذ مثلما تطرق إلى الـ اعات الخاصة بمرحلة التكوين و الإبرام ضمن نص المادة 101 منه .

[1]- رحال عبد القادر ، مرجع سابق ، ص 225

وقد كرست المادة 102 مرة أخرى اللجوء إلى آلتين أساسيتين لضمان حل ال اعات التي قد تطرأ بسبب معين و هما :

_ آلية التسوية الودية لل اع (المطلب الأول )

_ آلية اللجوء إلى التسوية القضائية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول : التسوية الودية للنزاع

حرصا من المشرع الجزائري على حل الإشكالات المتعلقة بتنفيذ الصفقات العمومية لاسيما وضع ميكانيزمات لفض مختلف ال اعات القائمة بين الطرفين في الصفقة تم تكريس مبدأ حل ال اعات و تسويتها بالتراضي أولا ، بحيث أفادت المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 على أنه " تسوى ال اعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقة العمومية في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري با العمل ، غير أنه **يجب** على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي لل اعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتا" .

يبدو جليا أن قانون الصفقات قد أرسى قاعدة الحل الودي الرضائي لل اع الناتج عن التنفيذ و هذا تفاديا لفكرة اللجوء إلى القضاء الإداري الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات و ثقلها مما يحدث فرصة لإيجاد الحل بالطرق التفاوضية التي من بينها أيضا اللجوء إلى التحكيم L'arbitrage لفض ال اعات التي تنشأ خاصة عن تنفيذ الصفقات الدولية لذا نخلص من هذه المادة أن فكرة الحل الرضائي هي ذات طابع إلزامي بالنسبة للمصلحة المتعاقدة و هذا وفقا لآليات التطرق لها تباعا كما يلي :

### الفرع الأول: الطابع الإلزامي للحل الرضائي

إذا كانت التسوية الودية لل اعات في مرحلة تكوين الصفقة ذات طبيعة اختيارية بالنسبة للمتعامل المتعاقد فيما يخص رفع الطعن أمام لجنة الصفقات المختصة، فإن طبيعة التسوية الودية لل اعات في إطار عملية التنفيذ تكون ملزمة للمصلحة المتعاقدة .

وحسنا فعل المشرع حينما تبنى مبدأ الحسم الودي ل اعات تنفيذ الصفقات العمومية حتى لا تتعطل المشاريع العمومية و لكي يتمكن أطراف ال اع من إيجاد حل يناسبهم يضعون به حدا لمنازعة طرأت أثناء التنفيذ بما يضمن في النهاية استلام المشروع في آجاله ، و هو ما يتماشى و هدف خطة الصفقات العمومية في القطاعات المختلفة للدولة [1].

وقد فرض على المتعامل المتعاقد نتيجة لهذا ، أولا رفع طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات المختصة ( صفقات الأشغال أو صفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات ) وهو ما أكدته المادتان 102 و 129 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 و كأنما المشرع أراد البحث عن حل رضائي خارج الإطار الطبيعي و هو القضاء بما يحقق منافع بالنسبة لجميع الأطراف ، و هذا فضلا عن أن ال اع أثناء التنفيذ عندما يمثل أمام اللجنة الوطنية للصفقات بحكم تركيبتها من الناحية البشرية فهي تضم كما سبقت الإشارة إليه ممثلين عن كل الوزارات و القطاعات ونتيجة لذلك فإن ال اع أحيل على هيئة متخصصة تضم كفاءات ذات مؤهلات وخبرة واسعة و من الراجح أن يجد ال اع حلا له على يد هذه اللجنة المتخصصة .

---

[1]- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 221

كما أن إلزام المصلحة المتعاقدة بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 102 بالتقيد بالنتيجة التي وصلت إليها اللجنة بقولها " يسري هذا المقرر على المصلحة المتعاقدة بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية ".
و هو ما يضفي على قرارات اللجنة الوطنية للصفقات حجية النفاذ اتجاه الإدارات المعنية ، و هذا أمر طبيعي بحكم موقعها و بحكم طاقمها البشري و رئاستها التي تعود لوزير المالية[1] .

و يجب هنا تسجيل الغموض الذي يكتنف المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 فالنص وردت فيه عبارة " يمكن للمتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا قبل كل مقاضاة " و عبارة "يمكن" هنا تفيد الجواز لا الوجوب ، بمعنى أن إجراء الطعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات صار اختياريا وهو ما يوصلنا إلى نتيجة أنه بإمكان المتعامل المتعاقد إجراء التظلم و رفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة [2]، و هو ما يكرس أكثر حرية اللجوء إلى القضاء بممارسة كل طرق الطعن المنصوص عليها .

**<u>الفرع الثاني</u>: آليات التسوية الودية للنزاع**

جاءت المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 معلنة عن ضوابط الحل الودي و حددت أحكامه فنصت على أن الحل الودي يجب أن يراعى فيه ما يلي :

1 - أن تحترم الإدارة المعنية التشريع و التنظيم الجاري بما العمل و أن لا تخالفه ، فكل اتفاق لحسم نزاع ودي يتعارض مع أحكام التشريع أو التنظيم يقع باطلا و لا يرتب أي أثر بالنسبة لأطرافه .

2- الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين : فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر حين المطالبة بها، يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة و تنصف المتعامل المتعاقد و تحاول أن تحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي مثلا ، أو أن تنكر عليه هذا الحق خاصة وأن نص المادة 102 في غاية من الوضوح فهو يبيح صراحة للإدارات المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقاً للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية.

3 - التوصل إلى إسراع إنجاز لموضوع الصفقة : ألحت المادة 102 على ضرورة إعطاء عامل الزمن في الصفقة الأهمية التي تليق به و هذا الأمر يفرض لا شك الحسم الودي للنزاع الذي يثور أثناء التنفيذ ، فكلما تم التوصل إلى حل ودي و ضبط الاتفاق في وثائق رسمية كان ذلك أنفع بالنسبة لزمن تنفيذ العمل موضوع الصفقة .

4 - البحث عن تسوية نائية في أسرع وقت و بأقل تكلفة نظراً للأهمية الكبرى لمعيار الزمن في تنفيذ العمل موضوع الصفقات العمومية حتى لا يتسبب النزاع الناتج عن التنفيذ في زعزعة استمرارية الصفقة ،حيث فرض المشرع البحث عن حل ودي في أسرع وقت بما يكفل ضمان مواصلة العمل و تنفيذ موضوع الصفقة في آجالها المحددة في العقد ،و إذا لم يحدث اتفاق بين طرفي النزاع و حسمه ودياً فإن القانون كفل للمتعامل المتعاقد حق اللجوء إلى القضاء .

---

[1]- المرجع نفسه ، ص 223

[2] - تم تعديل المادة 102 بحذف عبارة "... و ذلك قبل رفع أي دعوى قضائية ..." ، علما و أن هذا الطعن كان إلزاميا في المرسوم التنفيذي رقم 91-434 طبقا للمادة 100 منه

و قد فرض المشرع على اللجنة الوطنية للصفقات أن تحسم ال اع المعروض عليها خلال مدة 30 يوما ابتداء من إيداع التظلم أو الطعن ، و هو ما يعني أنه يفرض هذا القيد الزمني على اللجنة الوطنية للصفقات من أجل عقد اجتماعاتا لمعرفة مصير الطعن ، وإذا كانت ستصل إلى حل يرضي المتعامل المتعاقد أو أن يدخل ال اع في مرحلة جديدة هي مرحلة التقاضي بعد أن استجاب المدعي لمضمون المادة 102 و رفع طعنه أمام لجنة الصفقات .

و إذا ما تم الاتفاق على حل ال اع وديا يتولى الوزير المعني أو الوالي أو رئيس الـلس الشعبي البلدي إصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق و يبين طبيعة الالتزامات الجديدة .

ومن المفيد الإشارة إلى أن المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 02-250 حين أقحمت المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارات بمساهمة ميزانية الدولة و اعتبرت عقودها بمثابة صفقات عمومية فإن السؤال الذي يمكن إثارته هو مدى توافق المادة 2 المذكورة و المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و إذا كنا نسجل على المادة 102 وجها إيجابيا تمثل في إمكانية تقديم تظلم قبل اللجوء إلى القضاء بما يعطي فرصة للإدارة لمراجعة مواقفها و بما يؤهل ال اع من أن يعرف حلاً له خارج الإطار القضائي [1] .

غير أننا نسجل من جهة أخرى على ذات المادة، المركزية الشديدة في إحالة كل ال اعات على المستوى الوطني و في كل القطاعات على لجنتين فقط و هما اللجنة الوطنية لصفقات الأشغال و اللجنة الوطنية لصفقات اللوازم و الدراسات و الخدمات ، و كان أفضل لو أسندت عملية التسوية الودية لل اعات الناجمة عن التنفيذ كما هو الحال في نزاعات التكوين إلى لجان الصفقات الأخرى سواء أكانت وزارية أو ولائية أو بلدية حسب طبيعة الصفقة بما يخفف من وجه المركزية ، و مما سبق ذكره نرى أهمية التسوية الودية في فض منازعات تنفيذ الصفقات العمومية ، فهي تمثل ضمانا مزدوجا لكل من المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد من حيث ما ينتج عنها سواء من اختصار في الجهد أو اقتصاد في الوقت في تجاوز المشاكل و العقبات التي تحول دون تحقيق حسن التنفيذ ، كما أنا غير مكلفة للطرفين مقارنة بالطريق القضائي الذي يستلزم غالبا مصاريف و إجراءات قد تطول .

- **التحكيم كآلية لتسوية نزاعات تنفيذ الصفقات العمومية** :يعتبر التحكيم كغيره من الوسائل المستحدثة في القوانين لتسوية ال اعات بالطرق الودية مثل الصلح و الوساطة ، حيث تم إدراجه ضمن آليات التسوية في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه :" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها" .

و بالنسبة لل اعات المتعلقة بتنفيذ عقود الصفقات العمومية لا سيما الصفقات المبرمة مع المؤسسات الأجنبية ، فإن المشرع موازاة مع التزامات الدولة مع الخارج و كذا لإضفاء أكثر مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنا أن تمس بمبدأ الشفافية في الإجراءات و الحق في ممارسة كل طرق الطعن و التسوية ، قد أجاز للمصلحة المتعاقدة أن تطلب إجراء التحكيم و هذا استثناءا لمبدأ عدم جواز طلب التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة و هو ما أفادت به المادة 1006 المذكورة سابقا.

---

[1]- بوضياف عمار ، المرجع نفسه ، ص 223

## المطلب الثاني : التسوية القضائية للنزاع

بناء على المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 ، إذا فشل المتعامل المتعاقد في تسوية نزاعاته مع المصلحة المتعاقدة بالطريق الودي له أن يلجأ إلى القضاء لأن هذا الطريق الأنجع غالبا في هذا الصدد ، و هذا دون أن يوضح هذا النص القضاء المختص بالنظر في هذه ال اعات و لا نوع الدعاوى المرفوعة.

### الفرع الأول: طبيعة الدعوى و الاختصاص القضائي

سبق التوضيح أن منازعات الصفقات العمومية هي من اختصاص القضاء الإداري سواء فيما يتعلق بإعدادها و تكوينها و كذا تنفيذها و حتى في حالة فسخها ، و هذا ما تأكد من خلال قرار محكمة التنازع الصادر بتاريخ 2000/05/08 ، وقضاء المحكمة العليا (الغرفة الإدارية سابقا) فقد ورد في قرارها الصادر بتاريخ 1990/01/13 في قضية ( ب . م . ب ) ضد وزير المالية و والي ولاية المسيلة " ... حيث أنه نتيجة لذلك فإن إخلال أحد طرفي الصفقة لا يمكن أن يعاقب عليه إلاّ من قبل القاضي الطبيعي للإدارة خاصة في هذه الحالات "[1] .

و من ثم فإن القضاء المختص في النظر في ال اعات الناشئة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية هو القضاء الإداري كذلك ، و لقد تبنى المشرع أيضا في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كأصل عام المعيار العضوي لفصل اختصاص جهة القضاء الإداري عن القضاء العادي ، فنصت المادة 800 على: " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية .

تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها ... " .

وهكذا قضت المادة 800 المذكورة في طبيعة المؤسسة العمومية ، و اشترطت أن تكون ذات صبغة عمومية إدارية بما يعني أن القاضي الإداري يقضي بعدم الاختصاص في حال عرضت منازعة أمامه تتعلق بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي أو تجاري و هذا ما أكده مجلس الدولة في كثير من قراراته .

ففي قرار له صدر بتاريخ 2002/05/24 ملحق رقم 05147 الوكالة الوطنية للسدود ضد شركة لحميد انترناسيونال اعتبر مجلس الدولة الوكالة الوطنية للسدود مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري فأخر عدم اختصاصه و بنى قراره على المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية سابقا [2] ، و كذلك الحال بالنسبة لل اعات التي يكون فيها دواوين الترقية و التسيير العقاري ، بصفتها مؤسسات ذات طابع تجاري بحيث اعتبر مجلس الدولة أن القضاء لا يعود إلى القضاء الإداري ، ومن جانب آخر حينما أقحم المرسوم الرئاسي المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري لم ينظر إلى طبيعة المؤسسة بل نظر إلى تمويل الصفقة كون أنا ممولة من ميزانية الدولة لا ميزانية القطاع أو المؤسسة ، لذا شفع لها هذا الجانب أو هذا المعيار فغدت حينئذ صفقة عمومية مشمولة لقواعد المرسوم الرئاسي 02-250 ، و إن تعلق الأمر بمؤسسة عمومية صناعية و تجارية و طالما عدت الصفقة المبرمة من قبل المؤسسة ذات الطابع التجاري أو الصناعي صفقة عمومية خاضعة لقانون الصفقات العمومية شريطة أن تكون ممولة من خزينة الدولة ، فإنه يصعب التسليم باختصاص

---

1- شيهوب مسعود ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ج 3 نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1998 ، ص 398

2- بوضياف عمار، مرجع سبق ذكره ، ص 225

القاضي العادي بالنظر في منازعاتا ، فلا يعقل أن يعرض الـ اع الذي يثور بين مقاول و مؤسسة عمومية صناعية أو تجارية حول صفقة تتوافر فيها الشروط المذكورة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 لاختصاص القاضي المدني أو التجاري .

و إذا كان من الطبيعي أن يطبق القاضي المدني قواعد القانون المدني على الخصومات المعروضة عليه حسب الموضوع و طبيعة كل عقد و من الطبيعي أيضا أن يطبق القاضي التجاري قواعد القانون التجاري على الـ اعات المطروحة عليه فإنه من المؤكد أنه من غير الطبيعي أن يطبق القاضي العادي سواء أ كان مدنيا أو تجاريا قواعد قانون الصفقات العمومية التي تنطوي على قواعد إدارية كثيرة ، ومهما يكن من أمر يظل الاصطدام بين النصوص واضحا و جليا بين مقتضيات المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وهو نص ذو طابع تشريعي يحتل مكانة أسمى من النص التنظيمي في هرم النصوص القانونية ، و بين أحكام المرسوم الرئاسي 02-250 في مادته الثانية ، وهو ما يفرض ضرورة التدخل لحسم هذا الإشكال القانوني و الذي له علاقة بقواعد الاختصاص القضائي و هي من النظام العام .

أما الجهة القضائية المختصة و تطبيقا للمعيار العضوي في منازعات الصفقات العمومية بوجه عام تؤول لاختصاص القضاء الإداري ممثلا حاليا في المحاكم الإدارية ، و يظل الاختصاص منوطا بذه الأخيرة و لو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية ، لأنه طبقا للمادة 09 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله ، يتولى هذا الأخير النظر فقط في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية الهيئات العمومية الوطنية و التنظيمات المهنية الوطنية ، كما ينظر في دعاوى التفسير و فحص المشروعية بالنسبة للـ اعات التي تؤول إليه .

و عليه أخرج المشرع الجزائري منازعات الصفقات العمومية في ولاية مجلس الدولة بعنوان قضاء ابتدائي نائي حتى و لو كانت المصلحة المتعاقدة سلطة مركزية كالوزارة أو هيئة وطنية كالـلس الوطني الشعبي أو مجلس المحاسبة[1] ، غير أن مجلس الدولة تطبيقا للمادة 152 من القانون العضوي يتولى مهمة الرقابة القضائية المكرسة في المادة 01 المذكورة يعني أنه ينظر في قضايا و منازعات الصفقات العمومية و لكن بعنوان هيئة استئناف أو جهة قضاء درجة ثانية ، فإذا أصدرت المحكمة الإدارية قرارا ابتدائيا في مجال تنفيذ الصفقات جاز الطعن فيه بالاستئناف أمام مجلس الدولة طبقا للمادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 و كذا المادة 800 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وتحمل قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لاسيما المادة 804 منه أحكاما لا تلائم طبيعة الصفقات العمومية فالمادة المذكورة رسمت قواعد الاختصاص المحلي في مادة الأشغال العمومية ، ونصت على أن الاختصاص المحلي يؤول إلى الجهة القضائية التي في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال ، و هذا المعيار منتقد خاصة و أن مكان تنفيذ الأشغال قد يكون واسعا أو ممتدا كما هو الحال بالنسبة للمنشآت القاعدية كالطرق و السكك الحديدية ... بما قد يمس اختصاص أكثر من محكمة إدارية .

[1]- بوضياف عمار ، مرجع سابق ، ص 228

و أقر المشرع في نص المادة 804 أيضاً قاعدة أخرى في مجال الاختصاص المحلي تعلقت بكل الصفقات العمومية بجميع أنواعها تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ و هذا طبعا خارج دائرة عقد الأشغال العامة موضوع المادة 804 المذكورة .

و هذه القاعدة تم انتقادها أيضا على أساس أن كثيرا من الصفقات نظرا لطابعها الوطني تبرم في الجزائر العاصمة مما يؤدي إلى كثرة المنازعات المتعلقة بها أمام المحكمة الإدارية بالجزائر .

**الفرع الثاني: أوجه و طرق ممارسة الدعوى**

مر بنا أن منازعات الصفقات العمومية إجمالا يمكن تصنيفها إما تحت عنوان القضاء الكامل أو قضاء الإلغاء ، لذا فإن اللجوء إلى القضاء الإداري في مجال المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقة يندرج إما تحت وجه القضاء الكامل بمختلف صوره و أشكاله خاصة دعوى فسخ العقد أو في إطار ممارسة دعوى إلغاء بعض القرارات الإدارية في مرحلة التنفيذ مثل قرارات التعديل في بنود الصفقة و غيرها .

1 . **القضاء الكامل** :

يدخل تحت هذا النوع من القضاء ، الدعاوى المتعلقة ببطلان العقود والدعاوى المتعلقة بالحصول على مبالغ مالية معينة و هي كثيرة جدا و تكاد تطغى على بقية أنواع المنازعات الأخرى ، لكن يمكن حصر هذه الدعاوى في الصور التالية :

**أ – دعوى الحصول على مبالغ مالية** : و ذلك إما في صورة ثمن أو أجر متفق عليه في العقد أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد ،أو لأي سبب آخر من الأسباب التي تؤدي إلى الحكم بالتعويض [1].

**ب – دعوى إبطال بعض التصرفات الصادرة من الإدارة على خلاف التزاماتا التعاقدية** : فإذا صدر من الإدارة تصرف على خلاف التزاماتا التعاقدية ، فإنه يحق للمتعامل المتعاقد الحصول على حكم بإبطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل لأنه لا يستطيع أن يلجأ إلى قضاء الإلغاء ، وتحتفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك من حيث أنها تنتمي إلى القضاء الكامل حتى لو اقتصرت على طلب إلغاء قرار إداري أصدرته الإدارة بصفتها متعاقدة ، ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق بإجراءات التقاضي ومدده لاختلاف كل من قضائي الإلغاء والتعويض عن الآخر في ذلك الخصوص.

وهذا ما فصلته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1956/11/18حيث تقول :"... أما ما يصدر في القرارات تنفيذا للعقد كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه ، فهذه كلها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه فهي منازعات حقوقية ، وتكون محلا للطعن على أساس استعداد ولاية القضاء الكامل ،فيفصل فيها على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدني العادي التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الإدارة الصرف ، وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم "[2] .

**ج – دعوى فسخ العقد** : ذلك أن المتعامل المتعاقد له أن يطالب بفسخ الصفقة مع الإدارة المتعاقدة في حدود معينة و دعواه في هذا الصدد تندرج في نطاق القضاء الكامل أيضاً [3] .

---

1- شيهوب مسعود ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ، المرجع السابق ، ص 398

2- الطماوي سليمان محمد ، مرجع سابق ، ص 200

3- عكاشة محمد ياسين ، مرجع سابق ، ص 101

و إذا كان اختصاص القضاء الإداري لمنازعات الصفقات العمومية شاملا لكل ما يتعلق بتكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه ، فإنه أيضا يمتد ليشمل الطلبات المستعجلة المتصلة بمنازعاته و كذا كل ما يتفرع عن منازعات العقد و تتصل به ، و هذه من اختصاصات القضاء الكامل أيضا مثل وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ صفقة توريد أو اقتناء مواد أو بتعيين حارس إذا اقتضى الأمر ذلك[1] .

ويقوم الطلب المستعجل للمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية على ركني الاستعجال و الجدية و المقصود بتوافر ركن الاستعجال في هذا الطلب أن يترتب على تنفيذ القرار أو الإجراء الذي تتربص الجهة الإدارية على تنفيذه نتائج يتعذر تداركها فيما لو قضى فيها بعد بإلغاء القرار المطعون فيه أو بعدم مشروعية الإجراء الذي اتخذته الجهة الإدارية و المقصود بركن الجدية بأن يقوم الطلب المستعجل على أسباب جدية ترجع القضاء فيما بعد بإلغائه موضوعاً .

و عليه نلاحظ أن اختصاص القضاء الكامل يمتد ليشمل جل منازعات تنفيذ الصفقة باعتبار أن أعمال هذه المرحلة معظمها متصلة بالعقد و غير قابلة للفصل و بالتالي تخضع لقاضي العقد . و باعتبار أن النظام القانوني للصفقات العمومية لم يشر إلى نوع الدعاوى المرفوعة في إطار تسوية منازعات الصفقات العمومية ، بل تم تركها للقواعد العامة التي تحكم سير مثل هذه الدعاوى ، لكن يمكن إرجاع هذه الدعاوى و إدراجها ضمن إطار المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة ، الولاية ، البلدية ، المؤسسات الإدارية ذات الصبغة الإدارية و الرامية لطلب تعويض حسب المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية[2] سابقا و المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حاليا.

**2 . قضاء الإلغاء :**

من حيث المبدأ المنازعات المتعلقة بالإجراءات التي تتخذها الإدارة إزاء المتعاقد معها تندرج تحت ولاية القضاء الكامل ، حتى لو انصب النزاع على طلب إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة اتجاهه ، و أساس ذلك أن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للصفقة مثل القرارات الصادرة بتوقيع إحدى الجزاءات التعاقدية أو فسخ العقد أو إنهائه أو إلغائه ، دائما يدخل في منطقة العقد و تكون المنازعات المتولدة عن تلك القرارات و الإجراءات هي منازعات حقوقية تثير ولاية القضاء الكامل دون قضاء الإلغاء و مؤدى ذلك عدم تقيد الطعن بالإجراءات و المواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء[3] .

فالقرارات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ موضوع الصفقة العمومية و هي في حقيقتها ليست قرارات إدارية ، و إنما هي إجراءات تتخذها الجهة الإدارية في منطقة العقد أثناء سريانه ، كما أن أعمال التنفيذ في غالبيتها العظمى متصلة بالعقد و غير قابلة للفصل و كذلك الحال بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة فإذا كان يستطيع أن يستعمل الطعن بالإلغاء في الأعمال القابلة للفصل في مرحلة انعقاد العقد و يبنيه على مخالفة القرار المنفصل لقواعد المشروعية فإن الوضع هنا يختلف تماما لأن كل أعمال التنفيذ التي يكون له مصلحة في الطعن فيها ، إنما تخالف الشروط العقدية و مخالفة العقد لا يمكن أن يبنى عليه الطعن بالإلغاء .

و منه فإن الأصل أن يلجأ المتعامل المتعاقد إلى قاضي العقد إذا أصدرت الإدارة قراراً انتهكت فيه نصا من نصوص العقد أو عدلت في العقد بأن زادت مثلاً في حجم الأشغال الموكولة إليه ، أو أنقصت من ثمن الخدمة التي

---

1- الطماوي سليمان محمد ، المرجع نفسه ، ص 202 و ما يليها
2- محيو أحمد ، المنازعات الإدارية ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003 ، ص 208 و ما يليها
3- عكاشة حمدي ياسين ، مرجع سابق ، ص 111

يتقاضاه من المنتفعين أو أصدرت قرارا بإلغاء العقد ، لكن في إطار ما يعرف فقها بالأعمال المنفصلة و يجوز حينئذ للمتعامل المتعاقد الطعن فيها بالإلغاء ، حيث أورد القضاء الإداري استثناءً على الأصل و سمح بممارسة دعوى الإلغاء في هذه القرارات بصورة مستقلة عن دعوة العقد ، إذا ما صدرت هذه القرارات من السلطات الإدارية ليست بصفتها كمتعاقدة ، كأن تصدر هذه القرارات باعتبارها سلطة ضبط إداري " Police administrative" إما كلوائح عامة إدارية أو تطبيقا للقوانين [1] .

و يجب على رافع الدعوى أن يثبت العيب الذي انطوى عليه القرار الإداري ( وجه الإلغاء) مثل مخالفته لقواعد الاختصاص أو مخالفته للإجراءات و الأشكال أو عيب السبب أو الانحراف بالسلطة و غيرها .

و قد سبق القول أن سلطة قاضي الإلغاء ضيقة جدا فقبل أن ينطق بإلغاء قرار إداري ما ينبغي أن يسبب قراره بتبيان وجه الخرق بالقرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة كأن يشير لمخالفته ركن الاختصاص مثلا[2].

---

[1]- عوابدي عمار ، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ،المرجع السابق، ص 452 و ما يليها

[2]- بوضياف عمار ، مرجع سابق، ص 231

**خلاصة الفصل الثاني :**

نستنتج من خلال دراستنا للضمانات في مرحلة تنفيذ و إنهاء عقد الصفقة العمومية أنها تنقسم من حيث الإلتزامات التعاقدية لكل طرف من الأطراف إلى قسمين بارزين و هما :

1. **ضمانات تقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و تشمل :**

- ضمان حق المتعامل المتعاقد في الحصول على المقابل المالي ( السعر المتفق عليه) نظير تنفيذه بنود الصفقة و هو إلتزام مكفول قانونا من خلال عملية تسديد التسبيقات المختلفة و كذا دفع سعر الصفقة وفق آليات الدفع على الحساب و التسوية على رصيد الحساب و كلها ضمانات ذات طبيعة قانونية في صالح المتعامل المتعاقد.
- ضمان التوازن المالي للصفقة و هو متعلق بظروف تنفيذ بنود العقد أي إدراج نظريات المخاطر الإدارية و الإقتصادية و كذا نظرية الصعوبات المادية التي أسسها الفقه و القضاء الإداريين في فرنسا لما لها من أهمية في توفير أفضل الشروط الملائمة لتنفيذ الصفقة لكونها تسمح للمتعامل المتعاقد من القيام بالتزاماته التعاقدية دون التعرض لخسائر فادحة قد ترهن إتمام عملية التنفيذ.

2- **ضمانات مفروضة على المتعامل المتعاقد :**

- حماية من المشرع للأموال العمومية و ضمانا لحقوق المصلحة المتعاقدة ، تم وضع نظام للضمانات ذات الطبيعة المالية ، التقنية و التجارية تفرض على المتعامل المتعاقد الحاصل على الصفقة أثناء التنفيذ و بعده، حيث تضبط غالبا في دفتر الشروط ناهيك عن الإلتزامات التي ينص عليها قانون الصفقات العمومية و المتمثلة أساسا في تقديم مختلف أنواع الكفالات ( كفالة التعهد ، كفالة رد التسبيقات ، كفالة حسن التنفيذ و كفالة الضمان ) بالإضافة إلى الضمانات ذات الطبيعة الحكومية المفروضة على المؤسسات الأجنبية الحاصلة على الصفقات ، و هناك أيضا الضمان العشري بالنسبة لصفقات الأشغال و هي ضمانات لاحقة لتنفيذ الصفقة ، وفي مجملها أدوات ضمان من القانون الخاص أدرجت في النظام القانوني للصفقات العمومية.
- من بين الضمانات المفروضة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاءات المختلفة التي تراها مناسبة مع جسامة و نوع التقصير الحاصل تأمينا للمصلحة العامة و ضمانا لسير المرافق العمومية بانتظام ، إلا أن هذه الضمانات الأخيرة قد تثقل كاهل المتعامل المتعاقد بل تعتبر من أخطر و أشد أنواع الضمانات المفروضة لصالح الإدارة المتعاقدة التي تتمتع بسلطات واسعة سواء في تعديل بنود الصفقة أو في فرض عقوبات و منها الفسخ الإنفرادي للعقد ، مما يتطلب هنا إيجاد ضمانات مضادة تحمي المتعامل المتعاقد في مواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة و تجاوزها القانون أحيانا .

بناء على ما سبق ، تندرج آليات تسوية النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية ضمن أهم الضمانات ذات الصبغة القضائية التي تسمح بمراقبة أعمال الإدارة المتعاقدة و تمنح المتعامل المتعاقد فرصة الدفاع عن مصالحه أمامها حيث أنه بالرغم من أن النظام القانوني للصفقات العمومية قد خول المصلحة المتعاقدة امتيازات و سلطات واسعة في عقد

الصفقة إلا أنه بالمقابل قرر للمتعامل المتعاقد ضمانا هاما يكون بمثابة حماية له من أي إجراء تعسفي أو تجاوز في ممارسة السلطات المخولة للمصلحة المتعاقدة و يتمثل هذا الضمان في الرقابة القضائية التي تعد أنجع أداة في نظام الضمانات على الإطلاق.

# الخاتـمة:

لقد جاء قانون الصفقات العمومية بدف حماية الأموال العمومية ،كون أغلب النفقات العمومية تـذهب في شكل صفقات بشتى أشكالها وأنواعها لا سيما الموجهة لتنفيذ مشاريع ذات منفعة وطنية ، كما جـاء أيضـا لتحقيـق الفعالية والنجاعة من جراء التعاقد مع أحسن المتعاملين فنيا وماليا، لذلك فقد حرص المشـرع علـى مسـايرة قـانون الصفقات العمومية للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وكل ما تتطلبه المصلحة العامة ، من خلال وضع نظام للضمانات يتماشى وأهداف إبرام الصفقات العمومية .

إن أهم ما يميز النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر هو أنه لم يتضمن تعريفا محددا للضمانات في مجال الصفقات العمومية بل نص فقط على أن البحث عن هذه الضمانات هو التزام يقع على المصلحة المتعاقدة سواء لاختيار الطرف المتعاقد أو لتنفيذ الصفقة ، و اشتماله على سلسلة من الضمانات المختلفة والمستمدة تارة من تقنيـات القـانون الخاص مثلما هو الحال بالنسبة للكفالة، الضمان العشري والرهن الحيازي ، وتارة أخرى من الأحكام العامة المدرجـة سواء في تنظيم الصفقات العمومية رقم 02-250 المعدل والمتمم أو في بعض النصوص القانونية الأخرى مثل: القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 المتعلق بالرقابة من الفساد ومكافحته ، القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 المتعلـق بالمنافسة ، الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 1996/07/09 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصـرف وحركـة رؤوس الأموال من والى الخارج المعدل والمتمم و الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب .

**ـ نتائج الدراسة :**

من خلال دراستنا لموضوع الضمانات في مجال الصفقات العمومية ، إتضح لنا جليا حجم الترسـانة القانونيـة الموضوعة أساسا للحيلولة دون خروج عملية إبرام الصفقات العمومية عن إطارها القانوني ، ومن ثمة تبينت أهمية هـذا الموضوع في البحث عن الآليات المعتمدة كضمانات في الوصول إلى اختيار أفضل المتعاملين المتعاقدين وتـوفير أفضـل الشروط لإنجاز موضوع الصفقة ومنه تحقيق أكثر فعالية للطلبات العمومية.

لقد تمت دراسة موضوع الضمانات من خلال فصلين تضمن كل فصل ثلاثة مباحث وذلك على ضوء المراحل التي تمر با الصفقة العمومية بحيث تم تخصيص الفصل الأول للبحث في ضمانات عملية تكوين عقد الصفقة العموميـة، وتشمل قواعد وشروط إبرام الصفقة من حيث إدراج مبادئ حرية الدخول للصفقة العموميـة ، المسـاواة في معاملـة المترشحين وكذا شفافية الإجراءات وذلك بغرض ضمان فعالية الطلبات العمومية وحسن استعمال الأموال العموميـة، وهو ما جاء به آخر تعديل لقانون الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقـم 08-338 المـؤرخ في 2008/10/26 وكذا في القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

ولعل أهم الأدوات القانونية في تحقيق ذلك والتي تطرقنا لها بالتفصيل، طرق إبرام الصفقة العمومية المتمثلـة في أسلوبين أساسيين وهما: أسلوب طلب العروض أو المناقصة كقاعدة للتعاقد وأسلوب التراضي كاستثناء، وهو ما يجسـد

أكثر حرية المنافسة بين المتعاملين المترشحين لنيل الصفقة وتقييد حرية الإدارة في اختيار من تشاء من المتعاقدين بناء على احترام مبدأ المساواة وعدم التمييز بين المترشحين.

كما تناولنا في هذا الفصل ضمانات منح واعتماد الصفقة العمومية من خلال تكـريس قاعـدة الشـفافية في الإجراءات سواء قبل الإعلان عن الصفقة أو عند منحها مؤقتا لأحد المتعهدين الفائزين، إضافة إلى التطـرق لمختلـف الرقابات المطبقة عند إبرام الصفقة العمومية ، حيث تكون الرقابة إما داخلية أو خارجية، قبلية أو بعدية.

ومن بين أهم الضمانات التي تدخل في نطاق تكوين الصفقة العمومية ، نجد ميكانيزمات تسوية النزاعات الناجمة عن قرار منح الصفقة العمومية وإعطاء الأولوية للحل الودي بين الأطراف المتنازعة قبل اللجوء إلى القضاء الذي يعتـبر بمثابة الضمان الأخير في يد المتعاملين للطعن في قرارات الإدارة.

أما عند دراسة الضمانات في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية وإنهائها، فقد حرص المشرع على ضبطها من حيث تحديد الواجبات الملقاة على كل طرف من طرفي الصفقة لا سيما المتعامل المتعاقد ، فقد نظم المشرع أهم حقوقه والمتمثلة في اقتضاء الثمن بشكل مضبوط وهذا إدراكا منه بأن هدف المتعامل المتعاقد هو الربح والمصلحة الخاصة ، وتوخيا منـه للمصلحة العامة في الأخير ، دون أن ننسى الحقوق المقررة قضاء لأي متعاقد مع الإدارة لا سيما ضمان إعادة التـوازن المالي للعقد، الذي يستلزم الأمر إدراجه قانونا وتكريسه قضاء ، ذلك أن نقص الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال لا يسمح ببلورة هذا الحق ووضع شروطه.

كما تحددت التزامات المتعامل المتعاقد إزاء الإدارة المتعاقدة باعتبارها ضمانات أساسية لحسن تنفيذ بنود العقـد المتفق عليها مسبقا، فهو ملزم بأداء خدمة معنية محددة بالعقد ومن ثم لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تكليفه بغيرها، ويـتعين عليه الحرص الشديد على القيام بما كلف به ضمانا لسير المرافق العامة وأداء نشاطها بانتظام.

كما يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار ممارسة السلطات المخولة لها في العقد، تطبيق جزاءات وتوقيع عقوبـات مختلفة على المتعامل المتعاقد في حالة إخلاله بالضمانات الأخرى، حيث تعتبر هذه العقوبات سـواء كانـت ضـاغطة، فاسخة، مالية أم جنائية بمثابة ضمانات إضافية تفرض على المتعامل المتعاقد بهدف دفعه نحو تنفيذ التزاماته التعاقدية.

ومن هنا فإن معرفة المتعامل المتعاقد وإدراكه مقدما لما هو مقرر له من حقوق وما هو ملزم بأدائه من واجبـات يسد كل منافذ تجاوز المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها المقررة لها باسم المصلحة العامة، ويبقى اللجوء إلى القضاء أهم ضمان لهذه الحقوق في مواجهة السلطات والامتيازات المخولة للمصلحة المتعاقدة .

- **اقتراحات وتوصيات البحث:**

إن التنظيم الحالي للصفقات العمومية وبالرغم من إجراء تعديله بتاريخ 2008/10/26 في كثير من الجوانب الحساسة التي تمس سيرورة نشاط الإدارة العمومية ، إلا أن الملاحظ دائما هو بقاء الغموض في قراءة وتطبيق بعض النصوص القانونيـة التي ينبغي مستقبلا التكفل بها ، فمثلا كما هو معمول به في الأنظمة القانونية للصفقات العمومية ، تعتبر المناقصة إحدى أشكال أسلوب طلب (استدراج العروض) وهذا لكونها تعتمد فقط على إرساء الصفقة على العرض الأقل سعرا، لكـن المشرع الجزائري أدرج معايير أخرى للاختيار إلى جانب المعيار المالي مثل اعتماد المعايير التقنية والمالية وغيرها، لذا لا بد من ضبط المقصود الحقيقي المتوخى من قبل المشرع، ومن ثمة يجب تدارك هذه الثغرات التي من شأنها أن تؤثر على عملية

اختيار المتعامل المتعاقد التي تعود إلى المصلحة المتعاقدة مهمة البحث عن الضمانات الكفيلة لحسن الاختيار ، وبالتـالي كان ينبغي الفصل بين كل من المناقصة وطلب العروض كما ورد في الأمر رقم 67-90 ، حتى تتمكن المصلحة المتعاقـدة من الاختيار بين عدة أساليب لتطبيق مبدأ المنافسة بين المتعاملين. كما أن إيراد المشرع لأشكال متميزة في اختيار المتعامل المتعاقد تحت أسلوب المناقصة يعتبر شيئا ايجابيا من حيث تنويع وتوسيع طرق الاختيار، غير أنه يؤخذ عليها أنـها وردت بطريقة عامة وخالية من أية تفاصيل لإبرامها أو إجراءات خاصة تتماشى وطبيعة كل شكل ، فإخضـاعها للإجـراءات العامة المطبقة عل المناقصة من شأنه أن يؤثر على نتائج إعمالها لذا لا بد من أخذ خصوصيات كل طريقة بعين الاعتبـار بوضع المعامل الأساسية لتطبيقها.

أما بالنسبة لأسلوب التراضي ، فقد ظهر هذا الأسلوب استثنائي في حصر حالات اللجوء إليه من جهة و اقترانـها غالبا بحالة الاستعجال الملح من جهة أخرى ، إلا أنه يتعين توضيح بعض حالات إعماله التي وردت غامضة دون توضيح في جزء منها ، في حين وردت باقي الحالات عامة و فضفاضة دون قيد، لذا وجب ضبطها و حصرها حتى يحافظ هـذا الأسلوب على طابعه الاستثنائي رغم أن التراضي بعد الاستشارة يميل أكثر إلى أسلوب المناقصـة في كيفيـة إعمالـه و اللجوء إليه باعتبارهما يشتركان في نفس الشكليات و الإجراءات تقريبا ، لذلك يجب ضبط طريقة التراضي دون الخروج عن طابعه الاستثنائي.

و رغم هذه النقائص التي تشوب النظام القانوني للصفقات العمومية إلا أن تحديد أساليب التعاقد تعد بحـد ذاتـها ضمانا هاما لحماية المتعاملين المترشحين للطلبية العمومية من جهة و منعا لأي تجاوز قد يحصل مـن جانـب المصـلحة المتعاقدة من جهة أخرى .

و تجدر الإشارة إلى أن الكثير من المتعاملين من مقاولين ، أرباب أعمال ، رؤساء مؤسسات و مستثمرين قد وجهوا عدة إنتقادات للتنظيم الخاص بالصفقات العمومية كما اشتكى هؤلاء من مشاكل عديدة و متنوعة تمس أساسا كيفيات إبرام الصفقات العمومية و في مقدمة هذه المشاكل المطروحة تفشي ظواهر الرشوة و المحاباة في اختيار المتعاملين المتعاقدين نظرا لعدم اعتماد معايير و أسس واضحة في منح الصفقة العمومية ، مما دعت الضرورة إلى تكـريس حـق الطعـن في قرارات الإدارة المتعاقدة و اللجوء إلى القضاء ( الحماية الجزائية )كأنجع وسيلة للمطالبة باسترجاع الحقوق المنتهكة.

و مما سبق ذكره ، نخلص إلى أن نظام الضمانات المقرر في مادة الصفقات العمومية في الجزائر و رغم ما بـه مـن نقائص نتيجة لعدة أسباب ذاتية و أخرى موضوعية تتعلق أساسا بتطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية ، حيث نجد في كثير من الأحيان الازدواجية التي لا تزال بارزة بين الواقع و النصوص القانونية التي أضفت الكثير من الغموض في واقـع سوق الطلبات العمومية ، إلا أنه يشكل حماية و تأمينا لمصالح أطراف الصفقة العمومية و هذا ما يدفع لتثمين و تفعيـل نظام الضمانات بما يتلاءم و تطور الأنظمة القانونية للصفقات العمومية بالتركيز على وضع المتعامل المتعاقد كطرف هام و فاعل في تحقيق نجاعة الطلبات العمومية من خلال تكريس الرقابة القضائية على أعمال الإدارة و التي تعـد في نظرنـا إحدى أهم الضمانات المقررة لفائدة المتعاملين في مجال الصفقات العمومية ، بالإضافة إلى وجوب التفكير في إرساء نظام ضمانات أخلاقية تتماشى مع روح القانون .

**- آفاق الدراسة** :

تجدر الإشارة إلى أنه رغم فعالية الرقابة القضائية في مجال الصفقات العمومية إجمالا إلا أننا لمسنا نقصا كـ بيرا في الاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا المجال ، و لطالما كانت حداثة النظام القضائي الإداري الجزائري مبررا لذلك إلا أن هذه التجربة ما فتئت تعرف تقدما ملحوظا في السنوات الأخيرة بفعل تكريس حق الطعن في قرارات الإدارة المتعاقدة و بروز دور الرقابة القضائية الإدارية على أعمال الإدارة أو ما يعرف برقابة المشروعية لا سيما بعد إنشاء المحاكم الإدارية.

كما أن عدم توضيح قانون الصفقات العمومية للقضاء المختص و لا نوع الدعاوى المرفوعة و لا حتى إجراءات التقاضي من شأنه أن يؤثر على فعالية هذه الضمانات الهامة التي يتعين التفكير في ضبط آليات الرقابة القضائية مستقبلا.

و على هذا الأساس و من أجل تكريس فعالية دور الصفقات العمومية في أداء المرفق العام للمهام المنوطة بـ ه و ضمانا للمصلحة العامة ، فإنه يتعين الاهتمام و التركيز على الضمانات الممنوحة لكل طرف من أطراف الصفقة و بخاصة المتعامل المتعاقد الذي ينبغي إشراكه في تحقيق أكثر فعالية و نجاعة للطلبات العمومية ، و منه يشكل موضوع الضمانات مجالا واسعا للبحث في مختلف أنواعها و أدواتها سواء الخاصة بمرحلة تكوين الصفقة أو تلك المتعلقة بتنفيذها ، بالإضـ افة إلى التطرق للضمانات القضائية التي لا تزال في طور التجربة في الجزائر .

# الملاحق

# قائمة المصطلحات

## Glossaire des termes

## A

- Accuse de réception — إشعار بالاستلام
- Acompte — الدفع على الحساب
- Actualisation des prix — تحيين الأسعار
- Agrément — إعتماد
- Appel d'offres — المناقصة (طلب العروض)
- Appel d'offres ouvert — مناقصة مفتوحة
- Appel d'offres restreint — مناقصة محدودة
- Avances forfaitaires — تسبيقات جزافية
- Avances sur approvisionnement — تسبيقات على التموين
- Avenant — الملحق

## B

- Banque domiciliataire — بنك محل الوفاء
- Bordereaux des prix unitaires — قائمة الأسعار الوحدوية

## C

- Cahier des clauses administratives générales — دفتر الشروط الإدارية العامة
- Cahier des prescriptions communes — دفتر التعليمات المشتركة
- Cahier des prescriptions spéciales — دفتر التعليمات الخاصة
- Caution de bonne exécution — كفالة حسن التنفيذ
- Caution de restitution des avances — كفالة رد التسبيقات
- Caution de soumission — كفالة التعهد
- Cautionnement — كفالة

- Certificat de conformité — شهادة مطابقة
- Charges sociales — تكاليف إجتماعية
- Clauses de nantissement — شروط الرهن

- Coefficients — معاملات
- Commandes — طلبات

- Commission d'évaluation des prix — لجنة تقييم العروض
- Commission d'ouverture des plis — لجنة فتح الأظرفة
- Concours — المسابقة

- Conditions de règlement — شروط الدفع
- Conditions de résiliation — شروط الفسخ

- Consultation sélective — الاستشارة الانتقائية

- Contrôle à priori — الرقابة القبلية

- Contrat programme — عقد البرنامج

## D

- Date limite de dépôt des offres — تاريخ آخر أجل لايداع العروض
- Déclaration à souscrire — التصريح بالاكتتاب
- Délais contractuel — أجل تعاقدي
- Délais de validité de l'offre — أجل صلاحية العرض
- Dépenses contrôlées — النفقات المراقبة

## E

- Exécution des prestations — تنفيذ الخدمات

## F

- Fiche analytique — مذكرة تحليلية
- Force majeure — قوة قاهرة
- Formules de révision des prix — صيغ مراجعة الأسعار

## G

- Garantie de la nature gouvernementale — ضمانات ذات صبغة حكومية
- Gré à gré — التراضي

## I

- Intégration à l'économie nationale — التكامل مع الاقتصاد الوطني

## L

- Les sous traitant — المتعاقد الثانوي
- Lettre de soumission — رسالة العرض
- Lien technologique — الرابطة التكنولوجية

## M

- Marché à commandes — صفقة الطلبات
- Marchés de régularisation — صفقة تصحيحية
- Marge de neutralisation — حد إستقرار التغير
- Mise en vigueur du marché — دخول الصفقة حيز التنفيذ
- Modes de passation — كيفية الإبرام

## N

- Normes المقاييس
- Normalisation تقييس

- Nantissement رهن حيازي

## O

- Objet de l'opération موضوع العملية
- Opérateur co-contractant المتعامل المتعاقد
- Ordres d'arrêt de travaux أوامر توقيف الأشغال
- Ordres de reprise de travaux أوامر الإستئناف

## P

- P.V d'infructosité محضر عدم جدوى
- Partie fixe الجزء الثابت
- Pénalités العقوبات
- Présélection الانتقاء الأولي
- Prix contractuel أسعار الصفقة
- Prix global et forfaitaire السعر الإجمالي و الجزافي
- Prix révisables سعر قابل للمراجعة
- Procédé technologique الطريقة التكنولوجية

## Q

- Qualification التأهيل

## R

- Raison sociale العنوان التجاري
- Réception définitive التسليم النهائي

- Réception provisoire التسليم المؤقت
- Recours hiérarchique الطعن السلمي
- Référence de l'appel d'offres مراجع المناقصة
- Références professionnelles et bancaires المرجع المهنية و البنكية
- Règlement à l'amiable التسوية الودية
- Règlement financier التسوية المالية
- Règlement pour solde التسوية على رصيد الحساب
- Report du contrat تأجيل الصفقة
- Réserves التحفظات
- Réserves suspensives تحفظات موقوفة
- Retenues de garantie اقتطاعات الضمان
- Révision des prix مراجعة الأسعار

# S

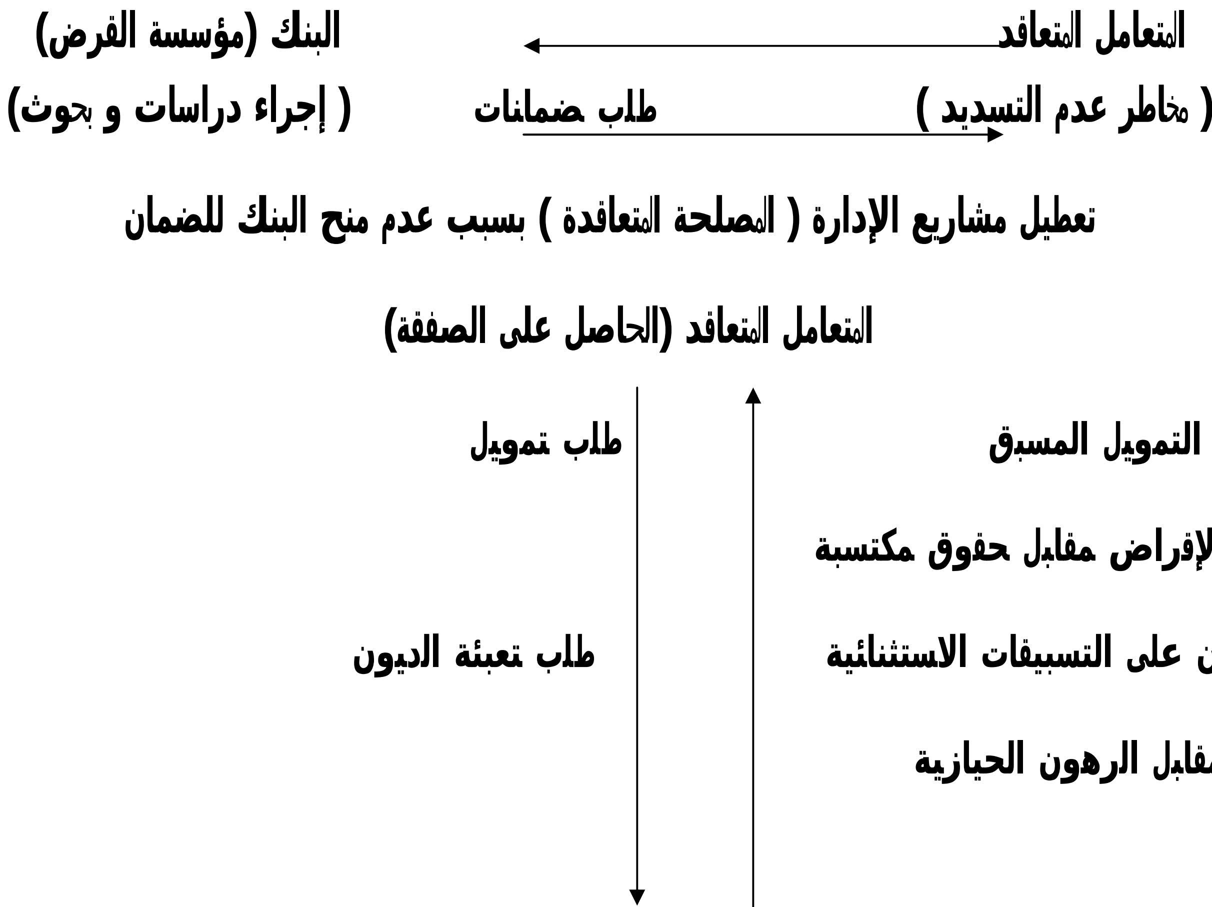
- Situation monopolistique وضعية احتكارية
- Service contractant مصلحة متعاقدة
- Service fait تأدية الخدمة
- Services الخدمات
- Seuil عتبة
- Soumission/ Soumissionnaire تعهد /متعهد
- Sous-traitance تعامل ثانوي

# V

- Visa التأشيرة
- Variations تغيرات
- Versements دفعات
- Vente بيع
- Vices cachés عيوب خفيية

# - الملحق01 -

## آليات تمويل الصفقة العمومية من طرف صندوق ضمان الصفقات العمومية




**صندوق ضمان الصفقات العمومية**

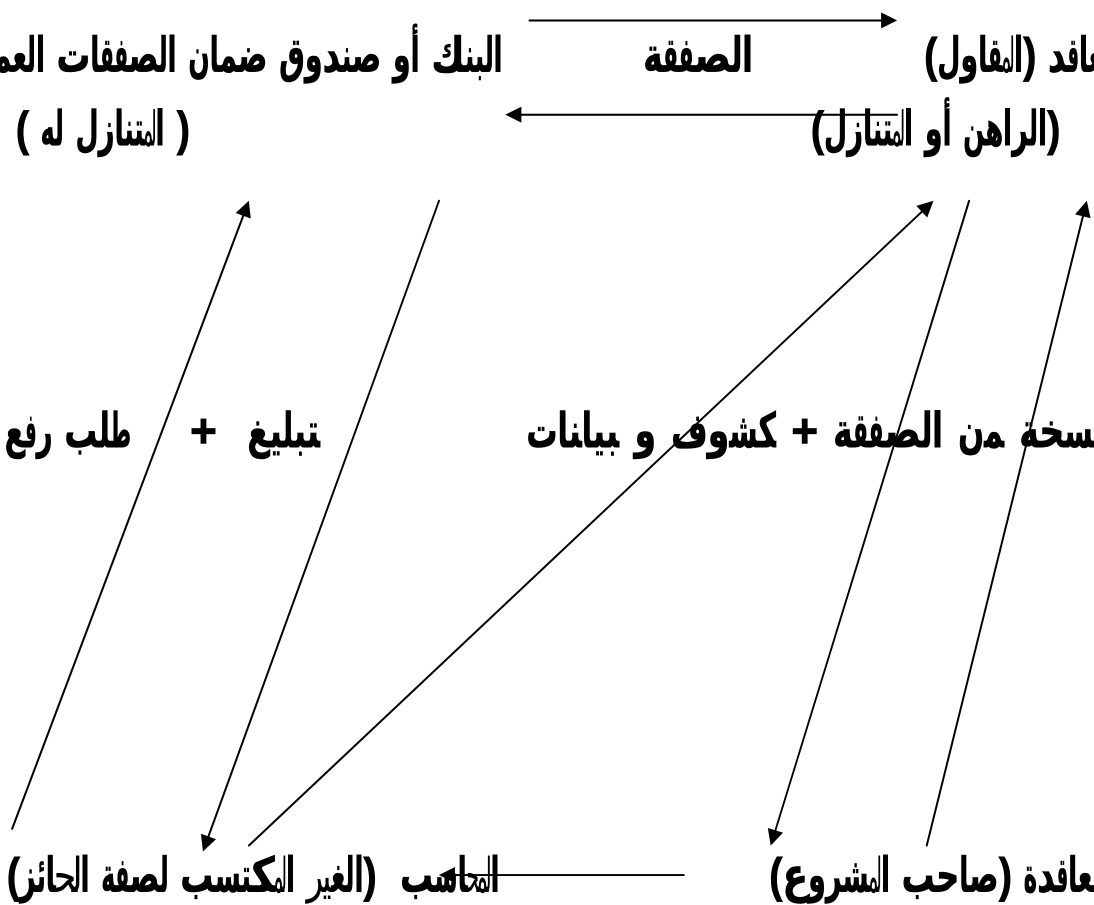
(المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 02- 250 المؤرخ في24/07/2002)

(المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 21/02/1998)

**مخطط رقم 01**

- الملحق 02 -

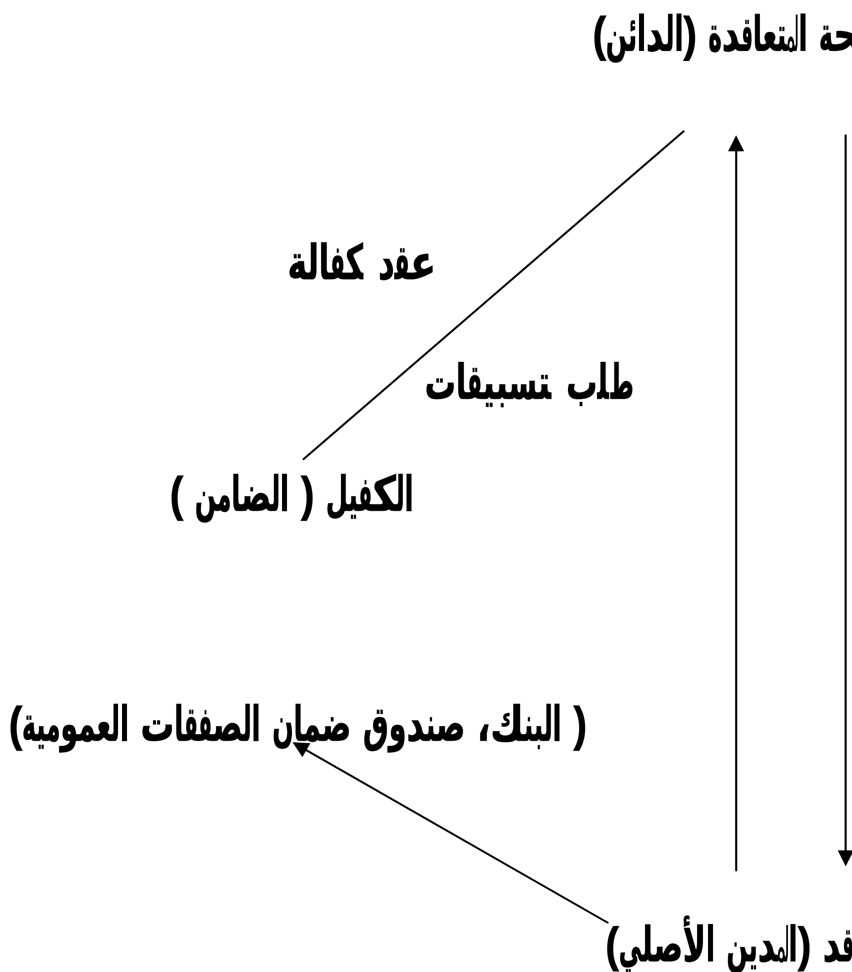
# الرهن الحيازي للصفقة العمومية




مخطط رقم 02

## ـ الملحق 03 ـ

## نظام الكفالة في الصفقات العمومية




مخطط رقم 03

# - الملحق 04 -

## مقارنة بين الكفالة في القانون المدني و الكفالة في الصفقات العمومية

| طبيعة الكفالة / العناصر | الكفالة المدنية | الكفالة في الصفقات العمومية |
|---|---|---|
| **المصادر** | -كفالة إتفاقية←بموجب عقد<br>-كفالة قانونية←يلتزم المدين بتقديمها خضوعا لنص القانون<br>-الكفالة القضائية←يكون المدين ملتزما بتقديم كفيل بموجب حكم قضائي | -كفالة قانونية←المواد45، 63 و 84من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 |
| **الشروط** | **- المادة 646 من القانون المدني الجزائري:**<br>أن يكون الكفيل موسرا ماليا<br>أن يكون مقيما في الجزائر<br>أن تكون للكفيل أهلية إبرام العقد. | **- المادة 63 من قانون الصفقات العمومية:**<br>-أن يكون الكفيل مؤسسة مصرفية " بنك محل الوفاء " أو صندوق ضمان الصفقات العمومية أو بنك أجنبي يعتمده بنك جزائري.<br>-شرط الإعتماد بالنسبة للبنك الأجنبي و ليس الإقامة.<br>-تحرر الكفالة حسب الصيغ التي تلائم المصلحة المتعاقدة ( الدائن) و البنك الذي تنتمي إليه. |
| **الأركان** | -التراضي :الكفالة عقد رضائي بين الدائن و الكفيل دون حاجة إلى رضى المدين.<br>-المحل : ضمان تنفيذ إلتزام الإلتزام الأصلي و الوفاء به إذا لم يف به المدين.( الإلتزام المكفول هو محل عقد الكفالة← أن يكون موجودا ، صحيحا ، معينا أو قابلا للتعيين.<br>إلتزام الكفيل محل لكفالة أخرى←كفيل الكفيل أو المصدق | -الكفالة عقد ملزم للطرف المتعاقد<br>- محل عقد الكفالة : تنفيذ إلتزام بإرجاع التسبيقات الممنوحة للمتعامل المتعاقد.<br>- يلعب صندوق ضمان الصفقات العمومية دور كفيل الكفيل في تمويل الصفقة.<br>كفالة حسن تنفيذ الصفقة و كفالة الضمان هي بمثابة كفالة إلتزام شرطي و مستقبلي |

**- الملحق 05 -**

**المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الجريدة الرسمية رقم 62 المؤرخة في 2008/11/09)**

# قائمة المراجع:

**1- الدستور :**

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 12/7/ 1996، الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 08 /1996/12.

2-**النصوص التشريعية** :

1- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل و المتمم و المتضمن قانون العقوبات ( الجريدة الرسمية عدد رقم 49 المؤرخة في 1966/06/11)

2- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 المعدل و المتمم و المتضمن قانون الصفقات العمومية (الجريدة الرسمية عدد رقم 52 المؤرخة في 27 /06/ 1967)

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/11/26 المعدل و المتمم و المتضمن القانون المدني (الجريدة الرسمية عدد رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30)

4- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري (الجريدة الرسمية عدد رقم 101 المؤرخة في 1975/12/19)

5- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المعدل و المتمم والمتعلق بالتأمينات (الجريدة الرسمية عدد رقم 13 المؤرخة في 1995/03/08)

6- الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 1996/07/09 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج المعدل و المتمم ( الجريدة الرسمية عدد رقم 43 المؤرخة في 1996/07/10)

7- الأمر رقم 96-31 المؤرخ في 1996/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 ( الجريدة الرسمية عدد رقم 85 المؤرخة في 1996/12/31)

8- القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 1998/05/30 المتضمن اختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله

9- الأمر رقم 01-01 المؤرخ في 2001/02/27 المعدل و المتمم للقانون رقم 90-10 المؤرخ في 1990/04/14 المتعلق بالنقد و القرض ( الجريدة الرسمية عدد رقم 14 المؤرخة في 2001/02/28)

10- الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 2003/02/19 المعدل و المتمم للأمر رقم 96-22 المؤرخ في 1996/07/09 المتعلق بقمع مخالفة التشريع و التنظيم الخاصين بالصرف و حركة رؤوس الأموال من و إلى الخارج ( الجريدة الرسمية عدد رقم 12 المؤرخة في 2003/02/23)

11- الأمر 03/03 المؤرخ في 07/19/ 2003 المعدل و المتمم و المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 2003/07/20 ، المصادق عليه بالقانون 12/08 المؤرخ في 25 /2003/10 ، (الجريدة الرسمية عدد رقم 64 المؤرخة في 26 /2003/10)

12- الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب ( الجريدة الرسمية عدد رقم 59 المؤرخة في 2005/08/28)

13- القانون رقم 90-21 المؤرخ في 1990/08/15 المتعلق بالمحاسبة العمومية (الجريدة الرسمية عدد رقم 35 المؤرخة في 1990/08/15)

14- القانون رقم 98-02 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية

15- القانون رقم 06-01 المؤرخ في 2006/02/20 و المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته ( الجريدة الرسمية عدد رقم 14 المؤرخة في 2006/03/08)

16- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ( الجريدة الرسمية عدد رقم 21 المؤرخة في 2008/04/23)

17- القانون رقم 08-12 المؤرخ في 2008/06/25 المعدل و المتمم للأمر رقم 03/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالمنافسة ( الجريدة الرسمية عدد رقم 36 المؤرخة في 2008/07/02)

3- **النصوص التنظيمية :**

1. المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 1982/04/10 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي (الجريدة الرسمية عدد رقم 15 المؤرخة في 1982/04/13)
2. المرسوم رقم 84-116 المؤرخ في 1984/05/12 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي ( الجريدة الرسمية عدد رقم 20 المؤرخة في 1984/05/15)
3. المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ( الجريدة الرسمية عدد رقم 52 المؤرخة في 28 /2002/07)
4. المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 2003/09/11 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الجريدة الرسمية عدد رقم 55 المؤرخة في 14 /2003/09)
5. المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 2008/10/26 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (الجريدة الرسمية عدد رقم 62 المؤرخة في 2008/11/09)
6. المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم (الجريدة الرسمية عدد رقم 57 المؤرخة في 13 /1991/11)
7. المرسوم التنفيذي رقم 96-54 المؤرخ في 1996/01/22 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 (الجريدة الرسمية عدد رقم 6 المؤرخة ي1996/01/24)

8. المرسوم التنفيذي رقم 98-87 المؤرخ في 1998/03/07 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 ( الجريدة الرسمية عدد رقم 13 المؤرخة في 1998/03/11)
9. المرسوم التنفيذي رقم 92-414 المؤرخ في 1992/11/14 الخاص بالرقابة المسبقة للنفقات ( الجريدة الرسمية عدد رقم 82 المؤرخة في 1992/11/15)
10. المرسوم التنفيذي رقم 98-67 المؤرخ في 1998/02/21 المتضمن انشاء تنظيم و سير صندوق ضمان الصفقات العمومية ( الجريدة الرسمية عدد رقم 11 المؤرخة في 1998/03/01)
11. المرسوم التنفيذي رقم 98-356 المتضمن كيفيات تطبيق القانون رقم 98-02 المؤرخ في 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية
12. القرار المؤرخ في1964/11/21 و المتضمن الموافقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال للوزارة (الجريدة الرسمية عدد رقم 6 المؤرخة في 01/19/ 1965)
13. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 2003/02/22 المتعلق بكيفيات تطبيق هامش الأفضلية بالنسبة للمنتوجات ذات الأصل الجزائري عند منح الصفقة العمومية (الجريدة الرسمية عدد رقم 21 المؤرخة في 2003/03/26)

4- **الكتب :**

**أولا اللغة العربية** :

1. الجبوري محمود خلف، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن ، 1988
2. الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة عين الشمس ، 1991
3. إبراهيم سيد أحمد ، الحماية الجنائية للعقود الإدارية و المدنية طبقا لأحكام الفقه و القضاء ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،2000
4. الخوري يوسف سعد الله ، القانون الإداري العام، الجزء I، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، الطبعة الثانية، 1998
5. الفياض إبراهيم طه ، العقود الإدارية ،ط1،مكتبة الفلاح ، الكويت ،1981
6. بعلي محمد الصغير، القانون الإداري (التنظيم الإداري، النشاط الإداري) ، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2004
7. سي يوسف زاهية ، عقد الكفالة ، الطبعة الثالثة، دار الأمل للطباعة والنشر تيزي وزو، 2004
8. بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسور للنشر، الجزائر، 2007
9. بوضياف عمار ، القضاء الإداري ، دار جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008

10. جمعة أحمد ، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات و المزايدات الجديد ، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002
11. زيدان علي الدين – محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء الأول، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002
12. زيدان علي الدين ومحمد سيد أحمد ، الموسوعة الشاملة في القانون الإداري، الجزء II دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2002
13. حسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء مجلس الدولة – الجزء الأول- دار هومة ،الجزائر، 2002
14. حمدي ياسين عكاشة ، موسوعة العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف الأسكندرية، 1998
15. حنفي عبد الله ، العقود الإدارية، الكتاب الأول، ماهية العقد الإداري وأحكام إبرامه، دار النهضة العربية، 1999
16. حسن محمد عواضة ، المبادئ الأساسية للقانون الإداري (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1997
17. طعيمة الجرف ، القانون الإداري، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970
18. رياض عيسى، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن الجزائري ، الديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1985
19. قدوج حمامة ، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية ، 2006
20. شيحة عبد العزيز إبراهيم ، القانون الإداري، الدار الجامعية ، بيروت ، 1994
21. صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 المشاكل العملية والحلول القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000
22. عوابدي عمار ، القانون الإداري، الجزء الثاني النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2007
23. عبد الفتاح أبو الليل ، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2000
24. عوابدي عمار ، النظرية العامة للا اعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ،ج 2، نظرية الدعوى الإدارية ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2003
25. بسيوني عبد الغني عبد الله ، القانون الإداري ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت، 1993
26. لباد ناصر ، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الأولى لباد 2004éditeur
27. لطرش الطاهر، تقنيات البنوك ، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الرابعة ، الجزائر ، 2005

28. محمد أحمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000
29. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002
30. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية،2006
31. مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002
32. محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، الطبعة الرابعة ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2006
33. معاشو عمار ، النظام القانوني لعقود المفتاح في اليد بالجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989
34. محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة و الأشغال العمومية ، الطبعة الثالثة،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992
35. مصطفى أبو زيد فهمي ، قضاء الإلغاء (شروط القبول،أوجه الإلغاء) ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 2001
36. محمد رفعت عبد الوهاب و حسين عثمان محمد عثمان ، مبادئ القانون الإداري ، الديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001
37. محمد فؤاد عبد الباسط ، القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
38. مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية ،ج 3 نظرية الاختصاص ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1998
39. محيو أحمد ، المنازعات الإدارية ،ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 2003

**5- المذكرات و البحوث:**

1. بن دعاس سهام ، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، جامعة عنابة ،2005
2. قريشي أنيسة سعاد ، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001-2002
3. فنينش محمد الصالح ، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى تعاقدها ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر
4. يوسف بركات أبو دقة ، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة و في قانون الصفقات العمومية ، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر ، أكتوبر 1977

**6- الدراسات ، المقالات المتخصصة :**

1. قبطان محمد ، قانون الصفقات العمومية ،ملتقى قضاة الغرف الإدارية ، وزارة العدل .الديوان الوطني للإشغال التربوية الجزائر 1992؛
2. الطبطبائي عادل ، مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن غزو الكويت، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الجامعية، جامعة الكويت، العدد الرابع، 1992
3. على خطار شطناوي ،" صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها "، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ،مارس 2000
4. رياض عيسى ، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العمومية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد 4، 1987

7- المحاضرات و الدروس :

1. الفاسي فاطمة الزهراء ، " الشفافية في إبرام الصفقات العمومية" مداخلة تم إلقاؤها بجامعة عنابة بتاريخ 2003/05/07
2. د . بن ناجي الشريف ، قانون الصفقات العمومية ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى ماجستير في الحقوق فرع : قانون الدولة و المؤسسات العمومية، السنة الدراسية : 2005– 2006.

**8- المجلات و الدوريات :**

1. المجلة القضائية ، العدد 2 سنة 1992
2. مجلة مجلس الدولة ، الأعداد : 1، 2002 و 4، 2003

**ثانيا : باللغة الفرنسية :**

**1)Ouvrages :**

1. BENOIT Francis Paul , Le droit administratif français, Dalloz, Paris 1968
2. CHAPUS René, Droit administratif général ,Tome 1,15 éme édition, Montchrestien, Paris2001
3. DE LAUBADERE André, MODERNE Frank, DELVOLVE Pierre , Traité des contrats administratifs, Tome premier , L.G.D.J .Paris, 1984
4. DE LAUBADERE André–GAUDEMET Yves , Traité de droit administratif, Tome 2 ,droit administratif des biens ,11éme édition , Paris 2002
5. GAUDEMET Yves, Traité de droit administratif, Tome 1, 16 éme L.G.D.J-DELTA Paris, édition 2002
6. J M AUBY et R DRAGO , Traité de contentieux administratif, tome 1, 2éme édition LGDJ, Paris
7. KOBTANE Mohamed ,le régime juridique des contrats du service public, O P U, Alger 1983
8. LAJOYE Christophe , Droit des marchés publics, Gualino éditeur, eja. Paris 2003

9. MARIE AUBY Jean – DUCOS ADER Robert, Droit administratif, 4éme édition, Dalloz, Paris 1977
10. MORAND DE VILLER Jacqueline , Cours de droit administratif ,6éme édition. Mon Chrétien, Paris 1999
11. PEISER Gustave , le droit administratif , mémentos, Dalloz
12. REVERO Jean , Droit administratif, 9éme édition, Dalloz, Paris 1980
13. SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed , Guide de gestion des marchés publics, édition de Sahel , 2000
14. BRACONNIER Stéphane , Droit des marchés publics ,imprimerie nationale Editions téchniques,Paris 2002
15. MANSOURI Mansour, système et pratiques bancaires en Algérie, édition Houma, Alger, 2005

2)**Mémoires et thèses** :

1. BENNADJI Cherif , *L'évolution de la réglementation des marchés publics en Algérie* ,Thèse de doctorat d'Etat ,institut de droit ,Université d'Alger 1991
2. EL FASSI Fatima Zohra ,*le régime juridique de la rémunération dans les marchés publics de fourniture en droit Algérien* , thèse de doctorat en droit public de l'entreprise ,Université de Montpelier 1,1991

3)**Etudes ,articles et rapports** :

1. ALFONSI Jean , « la notion de marché public », revue du conseil d'Etat, numéro 03-2003
2. KOBTAN Mohamed , «Introduction à l'étude du droit des marchés publics»,Révue du conseil d'Etat n°3 ,Alger ,2003

**ثالثا : مواقع الأنترنيت** :

www.algeriatenders.com
www.lexalgeria.free.fr
www.cnc-pme.com
www.mf.gov.dz ( site officiel du ministère des finances )
www.mtp.gov.dz ( site officiel du minstère des traveaux publics )
www.mincommerce.gov.dz ( site du ministére de commerce )
www.algerie-dz.com
www.elwatan.com
www.cgmp.org.dz ( site de la caisse de garantie des marchés publics)
www.africatime.com
www.joradp.dz

# فهرس المحتويات :